Richterliche Gestaltung privater Rechtsverhältnisse

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der Eberhard-Karls-Universität

zu Tübingen

vorgelegt von

Kurt Geiger

aus Stuttgart

1941

Buchdruckerei Karl Bölzle, Tübingen, Marktgasse 10

Obmann: Professor Dr. Merk

1. Berichterstatter: Professor Dr. Kern

2. Berichterstatter: Professor Dr. Gallas

Tag der mündlichen Prüfung: 3. März 1941.

Zum Druck genehmigt von der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Tübingen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

Schrifttumsverzeichnis V

Einleitung 1

Aufgabestellung

I. Zweck und Gang der Untersuchung 4

II. Abgrenzung der Arbeit 4

Entwicklung richterlichen Gestaltungsrechts in der Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert.

I. Gemeines Recht und die deutschen Partikularrechte 10

II. Von den Reichsjustizgesetzen bis zum Ausbruch des Weltkrieges 12

III. Weltkrieg und Nachkriegszeit 32

IV. Vom Ausbruch der Wirtschaftskrise 1930/31 bis zur Gegenwart 51

V. Ueberblick über die Gesetzgebung 72

Durch die Rechtsprechung geschaffene Möglichkeiten richterlicher Rechtsgestaltung. 76

Rechtspolitische Stellungnahme zu einer Gestaltung privater Rechtsverhältnisse durch den Richter 87

I. Das Recht des Staates zur Mitwirkung bei der Gestaltung einzelner privater Rechtsverhältnisse, die Notwendigkeit einer solchen Mitwirkung und ihre Grenzen 87

II. Berufung und Befähigung des Richters zur Gestaltung 92

III. Verfahrensrechtliche Voraussetzungen richterlicher Gestaltungstätigkeit 96

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549610_0061

Schrifttumsverzeichnis.

Amtliche Erläuterungen des Gesetzes über Hypothekenzinsen vom 2. Juli 1936, abgedr. in DJ 36, 1033.

Baumbach, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 15. Aufl. München und Berlin 1939.

— —, Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit, ZAkDR 38, 583.

Blomeyer, Deutsches Bauernrecht, Berlin 1936.

Bovensiepen, Die Kriegsnotgesetze, DRZ 1914, 774.

Braun, Zinssenkung ohne gesetzliche Anordnung? JW 37, 3202.

Breithaupt, Die Verordnung zur Regelung der Aufwertungsfälligkeiten vom 21. Dezember 1936, JW 37, 284.

— —, Die Zinsermäßigung bei den Hypotheken des freien Markts, JW 36, 2021.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 2 Bde., 6. Aufl., Jena 1913.

Danielcik, Befugnis des Richters zur Rechtsgestaltung, DR 1937, 201.

Denkschrift zu dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes, Berlin 1897.

Dikoff, Die Abänderung von Verträgen durch den Richter, in der Festschrift zum 60. Geburtstag von J. W. Hedemann, S. 179 ff, Jena 1938.

Drucksachen des Reichstags 1895/97, 9. Legislaturperiode, 4. Session Anlageband III.

Elster, Moratorien, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, hsg. vor Stier-Somlo* und Alexander Elster, Bd. 4 S. 124, Berlin und Leipzig 1927.

Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd. Allgemeiner Teil, Marburg 1931.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, Marburg 1932.

Entwurf einer Zivilprozeßordnung, veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, Berlin 1931.

Fizau, Zum Pachtnotrecht, DR 39, 204.

Freisler, Richterarbeit und Lebensgestaltung, in der Festschrift zum 65. Geburtstag von Erwin Bumke, S. 31 ff, 1939. Berlin.

Freisler-Hedemann, Deutsches Gemeinrecht im Werden, Berlin 1940.

Göring, Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft, Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Hamburg 1935.

Götze, Durchführung des Vierjahresplanes auf dem Gebiete der Handwerkswirtschaft und des Einzelhandels, DJ 39, 541.

Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch. Die Kriegsgesetze mit der amtlichen Begründung und der gesamten Rechtsprechung und der Rechtslehre. 1. Bd. Sonderband des deutschen Rechts, Berlin 1915.

Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 2. Materialien zur Zivilprozeßordnung, 1. Abtlg. Berlin 1880.
Bd. 4. Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, Berlin 1881.

Harmening-Pätzold, Die landwirtschaftliche Schuldenregelung, 2. Aufl. Berlin 1936.

Heck, Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930.

Hedemann, Werden und Wachsen im bürgerlichen Recht, Berlin 1913.

— —, Das bürgerliche Recht und die neue Zeit. Eine Rektoratsrede, Jena 1919

— —, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena, Heft 8, 1929.

— —, Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen 1933.

Herschel, Der Ersatz des indirekten Schadens. Ein Beitrag zur Frage der industriellen Lieferbedingungen, DR 40, 1451.

Hölder, Die richterliche Herabsetzung eines Vertragsstrafe, „Recht" 1900, 161

Hörle, Abzahlungsgeschäfte, Gruchots Beiträge 55, 177.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 2 Bde. 6. u. 7. Aufl., Berlin und Leipzig 1936.

Jonas, Die Zivilprozeßordnung, 16. Aufl., Bd. 1, Tübingen 1938, Bd. 2, Tübingen 1939.

— —, Die Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung der Ernte und der landwirtschaftlichen Entschuldung im Osthilfegebiet vom 17. November 1931, JW 31, 3409.

Jonas-Pohle, Das Zwagsvollstreckungsnotrecht, 12. Aufl., Berlin 1938.

Kern, Der Aufgabenkreis des Richters, Tübingen 1939.

Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, Leipzig 1903.

Klang, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Wien 1931.

v. Köhler, Grundlehren des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1936.

Köhler, Durchführungs- und Ergänzungsbestimmungen zu dem Gesetz über das Erlöschen der Familienfideikommisse, DJ 39, 584.

Kommentar von Reichsgerichtsräten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 und 2, 9. Aufl., Berlin 1939. (RGRK)

Krieg, Mietrecht, 5. Aufl., Berlin 1938.

Kutscher, Rechtsfragen der Preisstoppverordnung, ZAkDR 38, 631.

Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht, Tübingen 1933.

— —, Vom alten zum neuen Schuldrecht, Hamburg 1934.

— —, Entscheidung und Ausgleich im bürgerlichen Recht, DJZ 1934, 1296.

— —, 4. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht Erwerb, Sicherung und Abwicklung der Erbschaft, Tübingen 1940

Larenz, Die Wandlung des Vertragsbegriffes, DR 35, 488.

— —, Vertrag und Unrecht, 1. Bd. Hamburg 1936,
2. Bd. Hamburg 1937.

Leinen, Rechtsgeschäfte unter Verstoß gegen die Preisstoppverordnung, DJ 38, 595.

Lent, Rechtsgeschäfte unter Verstoß gegen die Preisstoppverordnung, DJ 38, 411.

Lindemann, Gewährung von Zahlungsfristen bei der Verurteilung im bürgerlichen Rechtsstreit, JW 1937, 3074.

Moschel, Bedeutung der Preisstoppverordnung für Kauf- und Lieferungsverträge, JW 38, 1227.

Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. 1—3, Berlin und Leipzig 1888.

Mügel, Das gesamte Aufwertungsrecht, 5. Aufl., Berlin 1927.

— —, Kommentar zu den neuen Aufwertungsgesetzen vom 18. Juli 1930, Berlin 1930.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.

Müller, Arndt, Preisstoppverordnung und Verträge des bürgerlichen Rechts, JW 38, 1860.

Neumann, Die Bewilligung von richterlichen Zahlungsfristen, JW 14, 1095.

Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena, Heft 1, 1920.

Oertmann, Ueber die Tragweite der Entscheidungen des Mieteinigungsamtes, JW 1917, 956.

Oeschey, Rechtsgestaltung durch Richterspruch. Eine Bestandsaufnahme. Archiv des öffentlichen Rechts, NF, 29. Bd. S. 40.

Ostmann, Die Regelung der Fälligkeit alter Hypotheken, ein Beitrag zur deutschen Rechtserneuerung, DR 39, 201.
Palandt, Kurzkommentar zum BGB, 3. Aufl., München und Berlin 1940.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
2. Bd. 1. Hälfte, 4. Aufl., Berlin 1914.
2. Hälfte, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.
3. Bd. 5. Aufl., Berlin 1933.
Ponfick-Wenzel, Reichspachtschutz, 2. Aufl., Berlin 1925.
Pritsch-Rexroth, Mietrecht der Gegenwart, 2. Aufl., Berlin 1939.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, Berlin 1897.
Regelung der Fälligkeit alter Hypotheken. Amtliche Erläuterung. Sonderveröffentlichung der Deutschen Justiz, Nr. 18.
Riß, Wir Richter und der Krieg, Deutsche Richterzeitung, 1914, 721.
Roquette, Herabsetzung übermäßig hoher Zinsen aus alten Urteilen, JW 37. 1938.
Rumpf, Richterliche Freiheit bei Formnichtigkeit, JW 38, 2579.
Schlegelberger, Vertragsgestaltung durch den Richter, in der Festschrift zum 65. Geburtstag von Erwin Bumke, S. 1, Berlin 1939.
— —, Die Zinssenkung nach der Verordnung des Reichspräsidenten vom 8. Dezember 1931, 4. Aufl., Berlin 1932.
— —, Die Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für das Reich und Preußen, 2 Bde., 5. Aufl., Berlin 1937.
— —, Handelsgesetzbuch, 1. Bd., Berlin 1939.
Schönke, Zivilprozeßrecht, Berlin 1938.
Sering, Deutsche Agrarpolitik.
Siebert, Kürzung vereinbarter Ruhegehälter, JW 35, 2870.
v. Staff, Klare Ziele, DJZ 1920 Sp. 11.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Bd. 2. Recht der Schuldverhältnisse, 1. u. 2. Teil. 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1930.
Bd. 3. Sachenrecht, 1. Teil, 10. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1935.
Stoll, Das bürgerliche Recht in der Zeiten Wende, Stuttgart 1933.
— —, Deutsches Bauernrecht, 1. Aufl. Tübingen 1935.
— —, Vertrag und Unrecht, 1. und 2. Halbband, 2. Aufl. Tübingen 1937.
Thierak, Recht und Richter in den autoritären Staaten. Bericht über die zweite Arbeitstagung für die deutsch-italienischen Rechtsbeziehungen in Wien, ZAkDR 1939, 219.
Titze, Richtermacht und Vertragsinhalt. Vortrag gehalten in der Frankfurter Juristischen Gesellschaft am 14. März 1921, Tübingen 1921.

Ulrich, Zubilligung von Teilzahlungen durch den Prozeßrichter, Deutsche Rechtspflege 1937 S. 54.

Vogels, Reichserbhofgesetz, 4. Aufl. Berlin 1937.

Volkmar, Wandlung der Aufgaben des Richters und Erweiterung des Gebiets der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZAkDR 37, 634.

Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, Leipzig 1885.

Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl. Leipzig 1878.

Wieacker, Richtermacht und privates Rechtsverhältnis. Eine Uebersicht über den Stand der Problematik, Archiv des öffentlichen Rechts, NF, 29. Bd., S. 1.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 8. Aufl. Frankfurt/Main 1900.

Zeiler, Die vermittelnde Entscheidung, LZ 1933, 1353.

— —, Meine Mitarbeit, Braunschweig, o. J.

Abkürzungen.

DJ	=	Deutsche Justiz
DJZ	=	Deutsche Juristenzeitung
DR	=	Deutsches Recht
DRZ	=	Deutsche Richterzeitung
Gruch.Beitr.	=	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
HRR	=	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JW	=	Juristische Wochenschrift
LZ	=	Leipziger Zeitschrift
Recht	=	Das Recht
RG	=	Reichsgericht
RAG	=	Reichsarbeitsgericht
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Seuff.Arch.	=	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
Warn.	=	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. von Otto Warneyer.
ZAkDR	=	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.

Einleitung.

Die vergangene, liberale Zeit unserer Rechtsentwicklung sah das Wesen richterlicher Tätigkeit auf privatrechtlichem Gebiete in der reinen Entscheidung. Nur die Feststellung, ob ein geltend gemachter Anspruch oder ein behauptetes Rechtsverhältnis zu Recht besteht, war nach der Auffassung dieser Zeit die eigentliche Aufgabe des Richters. Es war ihm daher, von wenigen Ausnahmen abgesehen, verwehrt, selbst gestaltend in die privaten Rechtsbeziehungen einzugreifen. Der Richter hatte nur das Recht, so wie es ihm durch das Gesetz oder durch den Willen der Parteien gegeben war, in rein subsumierender Gedankenarbeit auf den ihm vorgetragenen Sachverhalt anzuwenden. Da unsere großen, noch in Kraft befindlichen Gesetzgebungswerke zu einem großen Teil aus dieser Zeit stammen, so ist auch heute noch die Aufgabe des Richters im wesentlichen auf die Streitentscheidung beschränkt [1]).

In den beiden letzten Jahrzehnten hat nun aber der Gesetzgeber dem Richter auf Sondergebieten immer häufiger Rechtsgestaltungsaufgaben übertragen, und die Rechtsprechung hat sich in rechtschöpferischer Tätigkeit in vielen Fällen über die ihr in liberalistischer Zeit gesetzten Schranken hinweggesetzt und Rechtsbeziehungen gestaltet. Besonders seit der nationalsozialistischen Machtergreifung ist dieser Vorgang in stärkerem Maße zu beobachten, wie deutlich die zahlreichen Fälle zeigen, in denen die richterliche Vertragshilfe eingeführt worden ist.

Auch im Schrifttum werden immer mehr Stimmen laut, die Gestaltungsbefugnisse für den Richter fordern [2]). So soll die Richtermacht vor allem auf dem Gebiete des Vertragsrechtes erweitert werden. Hier soll der Richter, wenn die von den Parteien mit dem Vertragsschluß verfolgten Ziele im Gemeinschaftsinteresse gelegen sind oder dem wahren Interesse der Parteien entsprechen, der Vertrag selbst aber an irgendwelchen Mängeln leidet, das Recht zum gestaltenden, rechtsändernden

[1]) vgl. Wieacker, Richtermacht und privates Rechtsverhältnis, S. 1 ff.

[2]) vgl. an älterem Schrifttum z. B. Hedemann, Werden und Wachsen im bürgerlichen Recht, S. 58 f und v. Staff, DJZ 1920 Sp. 11; für die heutige Zeit: Schlegelberger, Vertragsgestaltung durch den Richter; Wieacker aaO; Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 52 u. S. 72; Ders. DJZ 1934, 1296; Stoll, Vertrag und Unrecht, S. 6; Ders., Das bürgerliche Recht in der Zeiten Wende, S. 24; Zeiler LZ 1933, 1353; Danielcik DR 1937, 201; Volkmar ZAkDR 37, 634; Palandt-Friesecke Anm. 1 zu § 343. S. auch die in den folgenden Anmerkungen genannten Schriftsteller.

Eingriff erhalten und nicht mehr auf das „Alles oder Nichts", auf die Feststellung der vollen Gültigkeit oder aber der Nichtigkeit beschränkt sein. Der Richter soll in einem solchen Falle unzulässige Teile des Vertrags durch andere ersetzen und einen unvollständigen Parteiwillen über die Grenzen der Auslegung hinaus ergänzen können [3]). Ein derartiges Vertragsgestaltungsrecht soll dem Richter insbesondere als Waffe im Kampf gegen sittenwidrige Typenverträge und allgemeine Geschäftsbedingungen dienen. Gerade hier soll es vermieden werden, daß der Richter solchen Verträgen, die einen unerwünschten Inhalt aufweisen, nur mit der Feststellung der Nichtigkeit des ganzen Vertragswerkes entgegentreten kann [4]). — Haben sich die Umstände, von denen die Parteien bei Vertragsschluß ausgegangen sind, grundlegend geändert, so soll der Richter weiter auch befugt sein, das bisher allzu starr gehandhabte Gesetz der Vertragstreue zu durchbrechen und durch seinen Spruch die Rechtsverhältnisse der Parteien der Billigkeit entsprechend den neuen Verhältnissen anpassen [5]). — Im einzelnen wird hier z. B. die Befugnis zur Gewährung von Zahlungsfristen und Teilzahlungen im erkennenden Verfahren [6]), die Herabsetzung zu hoher Zinsen [7]) und die Gestaltung bei teilweiser Nichtigkeit im Sinne des § 139 BGB [8]) oder an Stelle einer Nichtigkeit wegen Formmangels [9]) gefordert.

Richterliches Gestaltungsrecht soll ferner auch die Möglichkeit zu einer Auflockerung des Schadensersatzrechtes schaffen und gestatten, die Schadensersatzpflicht den Verhältnissen des konkreten Falles, besonders der Schwere der Schuld und der sozialen Lage der Beteiligten anzupassen [10]).

Es ist weiter verlangt worden, daß sich der Richter bei Immissionsstreitigkeiten, bei Streitigkeiten auf dem Gebiete des unlauteren Wettbewerbs und in ähnlich gelagerten Fällen nicht wie bisher auf die Feststellung beschränkt, ob das von den Parteien geübte Verhalten im Einklang mit dem Gesetz steht oder ob es gegen dasselbe verstößt. Vielmehr soll er im letzteren Falle das Recht und die Pflicht erhalten, den Parteien

---

[3]) so z. B. Hedemann aaO S. 59 f; Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 51 ff und Thierak, Recht und Richter in den autoritären Staaten, ZAkDR 1939, 219 (222).

[4]) vgl. Stoll, Vertrag und Unrecht, S. 78; Herschel DZ 1939, 1264; Lange aaO S. 51.

[5]) so Wieacker aaO S. 38; Thierak; v. Staff aaO; Lange aaO S. 72.

[6]) vgl. Lindemann JW 1937, 3074 und Ulrich DRechtspfl. 1937, 54.

[7]) s. z. B. Schlegelberger aaO S. 6.

[8]) vgl. Volkmar aaO; Stoll, Vertrag und Unrecht, S. 73; Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 51.

[9]) vgl. Rumpf JW 38, 2579.

[10]) vgl. Herschel DR 40, 1451 (53) und Hedemann, Deutsches Gemeinrecht im Werden, S. 26.

bestimmt in seinem Urteil zu sagen, was in dieser Beziehung zwischen ihnen rechtens sein soll[11]).

Wieder andere Forderungen gehen dahin, dem Richter ein Recht zur vermittelnden und damit gestaltenden Entscheidung zu geben, wenn das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis unklar ist. Es soll dadurch vermieden werden, daß der Richter hier unter allen Umständen auf das starre „Entweder—Oder" der Beweislastlehre angewiesen ist[12]).

Auch zur Durchführung von Gemeinschaftsteilungen soll der Richter mit einem Gestaltungsrecht ausgestattet werden[13]). Hier soll er nicht wie z. B. bisher bei der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft einen Teilungsplan zwar ausarbeiten, ihn den Beteiligten aber nur zur Annahme anempfehlen können[14]). Zur Vermeidung unnötiger Vermögenszersplitterungen und zur Herbeiführung einer sinnvollen Verteilung soll ihm das Recht gegeben werden, durch seinen Spruch unmittelbar — auch gegen den Willen der Parteien — die Teilung durchzuführen, und so Rechtsbeziehungen von sich aus zu gestalten.

Diese nur beispielhaft aufgeführten Forderungen, sowie die Entwicklung in Gesetzgebung und Rechtsprechung zeigen, daß grundsätzlich die Frage aufgeworfen ist, ob der Richter auch in der künftigen nationalsozialistischen Rechtsordnung auf eine streitentscheidende Tätigkeit beschränkt sein oder ob er daneben auch zur gestaltenden Mitwirkung im Rechtsleben herangezogen werden soll. Soll er die Befugnis erhalten, zur Wahrung der Gemeinschaftsbelange und der wohlverstandenen Interessen der Parteien ändernd in die privaten Rechtsverhältnisse einzugreifen?

[11]) so Kern, Der Aufgabenkreis des Richters, S. 24 und Baumbach ZAkDR 38, 583.

[12]) so vor allem Zeiler LZ 1939, 1353 und in „Meine Mitarbeit" S. 31; vgl. ferner Lange DJZ 34, 1296.

[13]) so Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 21 und Volkmar aaO. Auch der Erbrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht macht in seiner 4. Denkschrift über Erwerb, Sicherung und Abwicklung der Erbschaft den Vorschlag, für die Auseinandersetzung unter Miterben ein gestaltendes Teilungsverfahren einzuführen (S. 215 ff, bes. S. 224).

[14]) vgl. §§ 86 ff FGG.

Aufgabestellung.

I. Zweck und Gang der Untersuchung.

Zu dieser Frage richterlicher Gestaltung privater Rechtsverhältnisse will die vorliegende Arbeit Stellung nehmen. Es soll an Hand einer Entwicklung richterlichen Gestaltungsrechtes seit dem 19. Jahrhundert gezeigt werden, wie sich der Gesetzgeber in den verschiedenen Zeiten zu dieser Frage gestellt hat, welche Gründe ihn zur Ablehnung richterlicher Gestaltungsbefugnisse geführt haben und was ihn zur Einführung einzelner solcher Rechte veranlaßt hat. Es soll dann weiter dargestellt werden, in welchen Fällen und auf welche Weise sich die Rechtsprechung die Möglichkeit zur Rechtsgestaltung geschaffen hat. Hierauf ist zu prüfen, ob die einzelnen Gründe für und wider die Uebertragung solcher Aufgaben auf den Richter auch heute noch für uns Geltung haben, und es wird versucht werden, aus den vorhandenen Fällen richterlichen Gestaltungsrechtes Schlüsse für eine künftige Regelung dieser Frage zu ziehen.

II. Abgrenzung der Arbeit.

Zunächst ist es notwendig, im einzelnen klarzustellen, was Rechtsgestaltung durch den Richter ist, und was im besonderen in dieser Arbeit unter richterlicher Gestaltung privater Rechtsverhältnisse verstanden werden soll.

Rechtsgestaltung ist die richterliche Tätigkeit, durch die eine gegebene Rechtslage unmittelbar verändert wird [1]). Im Gegensatz hiezu besteht die regelmäßige Aufgabe des Richters der streitigen Gerichtsbarkeit bei der Fällung von Leistungs- und Feststellungsurteilen darin, bereits außergerichtlich eingetretene Tatbestände und Rechtsfolgen *festzustellen*, ohne daß diese nur rechtsbezeugende Feststellung eine unmittelbare materiellrechtliche Wirkung auslösen würde. Richterliche Rechtsgestaltung ist also entsprechend dem Begriff der sogenannten Rechtsgestaltungsklagen und -Urteile [2]) die richterliche Tätigkeit durch die bestimmungsgemäß

[1]) vgl. Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, S. 48.
[2]) vgl. z. B. Baumbach „ZPO" Grundzüge zu § 253 Anm. 2 C.

Rechte geschaffen, aufgehoben oder verändert werden. Ihrem Inhalt nach kann die Rechtsgestaltung demnach die Neubegründung eines Rechtsverhältnisses zum Gegenstand haben. Sie kann eine Einwirkung in bereits bestehende Rechtsverhältnisse darstellen, sei es, daß es sich um die Abänderung einer inhaltlich schon festgelegten Bestimmung derselben handelt, sei es, daß ein noch nicht geregelter Einzelpunkt rechtlicher Beziehungen der richterlichen Bestimmung bedarf. Eine Abänderung liegt z. B. vor, wenn dem Schuldner einer bereits fälligen Kapitalforderung vom Richter auf Grund des Schuldenbereinigungsgesetzes Stundung gewährt, oder wenn durch Urteil nach § 343 BGB eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe herabgesetzt wird. Der Gläubiger konnte hier vor dem ändernden Richterspruch Erfüllung verlangen, und die Vertragsstrafe wurde vor ihrer Herabsetzung in der vereinbarten Höhe rechtswirksam geschuldet. Als Beispiel für eine gestaltende Tätigkeit, die die Ergänzung eines bestehenden Rechtsverhältnisses zum Gegenstand hat, sei die Vorschrift des § 315 BGB genannt. Hier bestimmt der Richter, wenn die durch eine der Vertragsparteien erfolgte Leistungsbestimmung billigem Ermessen widerspricht, von sich aus die Leistung, während die billigem Ermessen widersprechende Bestimmung der Vertragspartei keine Rechtswirksamkeit erlangt hat. Erst der Richter stellt also hier rechtsverbindlich Inhalt und Umfang der Leistung fest. Die richterliche Gestaltung kann endlich auch die Aufhebung eines bestehenden Rechtsverhältnisses zum Ziele haben. Eine solche Aufhebung ist z. B. die im Rahmen des Mieterschutzgesetzes erfolgende Lösung eines Mietverhältnisses durch Urteil (§ 1 p MSchG).

In der Rechtslehre wird teilweise unter richterlicher Rechtsgestaltung in einem weiteren Sinne die Gesetzauslegung, die Ausfüllung von Gesetzeslücken, die Weiterbildung des Rechts, kurz die Rechtsfindung und -schöpfung durch die Rechtsprechung verstanden [3]). Um diese Art richterlicher Rechtsgestaltung handelt es sich bei der dieser Arbeit zugrunde liegenden Fragestellung nicht. Wohl kann die Schöpfung eines neuen Rechtssatzes oder die Zulassung eines neuen Rechtsgebildes — man denke etwa an die im Gesetz nicht vorgesehene, aber von der Rechtsprechung zugelassene Kündigung eines Mietverhältnisses aus wichtigem Grund [4]) — zur Folge haben, daß ein Rechtsstreit dadurch eine andere Entscheidung erfährt, und so allerdings die Wirkung dieser richterlichen Tätigkeit für die Parteien im tatsächlichen Sinne eine Umgestaltung ihrer Rechtsbeziehungen mit sich bringt. Rechtlich geschehen handelt es sich aber in einem solchen Falle nicht um die bewußte Aenderung eines bestimmten Rechtsverhältnisses, sondern um die des objektiven Rechts. Es wird neues Recht, sogenanntes „Richterrecht" gesucht, das

[3]) vgl. Hedemann, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, S. 257 ff, bes. S. 289.
[4]) vgl. RGZ 150, 193 (199); 160, 257 (270) und 160, 361 (367).

dann wie gesetztes Recht im Wege gewöhnlicher Rechtsanwendung angewandt wird. Es besteht hier also zum mindesten die Fiktion, daß das betreffende Rechtsverhältnis auch schon vor dem Richterspruch unter dem neugeschöpften Rechtssatz stand und von ihm geregelt wurde. Dem Richterausspruch kommt daher in einem solchen Falle keine rechtsbegründende Wirkung zu. Es scheiden deswegen, was ausdrücklich zu betonen ist, all die mit der Schöpfung neuen Rechts durch den Richter verbundenen Fragen der Stellung des Richters zum Gesetz aus dieser Arbeit aus, wobei nicht verkannt wird, daß rechtsgeschichtlich gesehen, eine gewisse Verwandtschaft beider Fragen besteht.

In diesem Zusammenhang ist weiter hervorzuheben, daß Rechtsgestaltung durch den Richter auch nicht mit der Anwendung von Rechtssätzen zusammenfällt, die wertausfüllungsbedürftige Tatbestandsmerkmale enthalten und so bewußt dem Richter beim Finden der Entscheidung einen größeren Ermessensspielraum belassen [5]). Der Richter, der eine Leistung nach Treu und Glauben mißt (§ 242 BGB), der den üblichen Lohn (§ 612 BGB) oder die Höhe einer billigen Entschädigung für erlittene Schmerzen feststellt (§ 847 BGB), der die Höhe eines Schadens unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung schätzt (§ 287 ZPO) oder der das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Kündigung eines Dienstvertrages bejaht (§ 626 BGB), ändert dadurch die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen nicht. Die Leistung steht auch schon vor seinem Spruch unter dem Gesetz von Treu und Glauben, der Richter ermittelt sie nur, der Dienstberechtigte ist schon kraft Gesetzes zur Zahlung des üblichen Lohnes verpflichtet, der Schadensersatzanspruch besteht seit Eintritt des zum Schadensersatz verpflichtenden Umstandes in der vom Richter festgestellten Höhe und die Kündigung ist bereits mit ihrem Ausspruch durch eine der Parteien des Dienstvertrages gültig geworden. Der Richter gestaltet in einem solchen Falle nicht, er stellt nur mit bindender Wirkung für die Parteien fest, was in ihrem besonderen Falle dem gesetzlichen Rahmenbegriff entspricht. Es handelt sich hier um eine Anwendung des Ermessensbegriffes, die sich von der Anwenddung eines sonstigen fest umrissenen Tatbestandsmerkmales grundsätzlich nicht unterscheidet. Im Einzelfall können auch festumrissene Tatbestandsmerkmale verschiedene Auslegungen zulassen, ein Unterschied besteht hier nur insofern, als diese Möglichkeit bei den Ermessensbegriffen bewußt und in einem viel reicheren Maße gegeben ist. In tatsächlicher Beziehung geben diese Ermessensbegriffe dem Richter allerdings einen weiten Spielraum seinen Gestaltungswillen zur Geltung zu bringen, und die Recht-

[5]) vgl. Kisch aaO S. 65; Wieacker aaO S. 4; Palandt-Friesecke Anm. 1 zu § 242 und Anm. 1 zu § 343; RG in JW 35, 2877 (2880).

sprechung hat diese Möglichkeiten tatsächlich auch benützt, um ohne ausdrückliche gesetzliche Befugnis rechtsgestaltend wirken zu können. Rechtspolitisch besteht daher zwischen der Frage der immer weiteren Schaffung solcher Tatbestände und der ausdrücklichen Erteilung von Gestaltungsbefugnissen an den Richter ein enger Zusammenhang [6]).

Im Hinblick auf einen Aufsatz von Freisler „Richterarbeit und Lebensgestaltung", in dem die Berechtigung einer Unterscheidung zwischen gestaltender und feststellender Tätigkeit des Richters überhaupt geleugnet wird [7]), muß hier noch erwähnt werden, daß nicht verkannt wird, daß in einem weiteren Sinne jeder, auch der feststellenden Entscheidung des Richters, eine gewisse gestaltende Wirkung zukommt und eine gestaltende Arbeit zugrunde liegt. Mit Recht führt Freisler aus, daß „jedem Urteil ein Geltungswille, ein Befehl zum Handeln an einzelne oder an alle innewohne" [8]. Jedes Urteil fordert, daß die Beteiligten sich nach seinem Spruche richten und beim Finden einer Entscheidung muß sich der Richter ihrer Auswirkungen auf das Leben der Gemeinschaft im klaren sein und diese Auswirkungen wollen, also „gestaltende" Arbeit leisten. Ich glaube aber, daß man trotz dieser aller richterlichen Arbeit gemeinsamen Gestaltungskraft einen Unterschied zwischen solchen Entscheidungen machen muß, die in erster Linie eine strittige Rechtslage klarstellen wollen und solchen, deren unmittelbares Ziel in der Veränderung von Rechtsbeziehungen liegt, und daß diese Unterscheidung für die wissenschaftliche Erkenntnis und die gesetzgeberische Zielsetzung fruchtbringend und damit berechtigt ist. Auch wird diese Unterscheidung vom Gesetzgeber in neuerer Zeit selbst gemacht. So spricht z. B. § 16 der Vertragshilfeverordnung vom 30. 11. 1939 (RGBl I S. 2329) ausdrücklich davon, daß der Richter eine „rechtsgestaltende Entscheidung" trifft.

Die vorliegende Arbeit will sich nun im besonderen mit der Befugnis des Richters zur Gestaltung *privater* Rechtsverhältnisse befassen, und zwar soll diese Befugnis unter dem Gesichtspunkt einer erweiterten, freieren Richtermacht, eines besonderen Rechts des Richters betrachtet werden. Aus diesem Grunde können nicht alle Fälle, in denen durch einen Richterspruch eine Veränderung der materiellen Rechtslage eintritt, in den Rahmen dieser Untersuchung fallen. Es muß vielmehr, um von einer besonderen Befugnis des Richters sprechen zu können, zu der gestaltenden Wirkung der richterlichen Entscheidung noch hinzukommen, daß der Richter beim Finden dieser Entscheidung auf eigene sittliche, soziale oder wirtschaftliche Erwägungen angewiesen ist. Nur dann, wenn dies beides zu-

[6]) vgl. Wieacker aaO S. 45 Anm. 2.
[7]) Freisler aaO S. 31 ff, bes. S. 36.
[8]) aaO S. 36.

sammentrifft, gestaltende Wirkung und Raum für richterliches Ermessen, kann man vom Standpunkt des Richters aus von etwas Besonderem, sich von seiner sonstigen Tätigkeit Unterscheidendem, von einer Befugnis zur Gestaltung sprechen. Wenn der Richter beim Vorliegen eines im Gesetz genau umschriebenen Tatbestandes eine im Gesetz ebenfalls klar bestimmte Rechtsänderung wie z. B. im früheren Eherecht eine Ehescheidung bei Ehebruch aussprechen muß, dann kann man nicht sagen, daß der Richter als Persönlichkeit eine Rechtslage gestaltet. In einem solchen Fall unterscheidet sich der Richterspruch nur durch seine Wirkung, nicht durch die ihm zugrunde liegende Richterarbeit von der regelmäßigen Streitentscheidung; der Richter stellt hier eigentlich nur fest, ob der geltend gemachte Anspruch auf richterliche Rechtsänderung begründet ist. Die Ermessensfreiheit, die dem Richter gegeben sein muß, kann entweder darin bestehen, daß er die Möglichkeit hat, die Gestaltung, je nach seinem Gutdünken vorzunehmen oder zu unterlassen, oder aber darin, daß er das Recht hat, die Gestaltung in dieser oder jener Weise vorzunehmen. Diese Möglichkeiten sind dem Richter vor allem in den Fällen gegeben, in denen die Vorschrift, die die Gestaltung der Rechtslage durch Richterspruch anordnet, einen Ermessensbegriff enthält. Hiebei ist vor allem an Begriffe wie „Billigkeit", „Treu und Glauben", „wichtiger Grund", „Angemessenheit", „gesundes Volksempfinden", „besondere Härte" usw. zu denken.

Da die Gestaltung privater Rechtsverhältnisse durch den Richter einer Untersuchung unterzogen werden soll, müssen ferner auch alle ein öffentlich-rechtliches Verhältnis formenden richterlichen Entscheidungen aus der Betrachtung ausscheiden, also vor allem Fälle, in denen eine prozessuale Rechtslage durch Richterspruch geändert wird. Von dieser Einschränkung wird allerdings insoweit wieder eine Ausnahme gemacht werden, als die Gestaltung der prozessualen Rechtslage so starke Rückwirkungen auf das zugrunde liegende sachliche Rechtsverhältnis selbst hat, daß dieses, wenn auch nicht in rechtlicher, so doch in wirtschaftlicher Beziehung als verändert angesehen werden muß. Hiebei ist in erster Linie an die auf prozeßualem Gebiete liegenden Maßnahmen des Vollstreckungsschutzes zu denken.

Hervorzuheben ist schließlich noch, daß grundsätzlich nur die gestaltende Tätigkeit des Richters der Justizgerichte und nicht die der Verwaltungsgerichte betrachtet werden soll [9]).

Es kann nun nicht die Aufgabe dieser Arbeit sein, eine lückenlose Aufzählung und Darstellung all der Vorschriften zu bringen, die dem

[9]) Ueber die rechtsgestaltende Tätigkeit der Verwaltungsgerichte vgl. Oeschey, Rechtsgestaltung durch Richterspruch.

Richter eine Gestaltungsbefugnis im Sinne der vorstehenden Ausführungen verleihen. Da auf dem Gebiete der gestaltenden Tätigkeit des Richters die Entwicklung zu einer freieren, erweiterten Richtermacht untersucht werden soll, werden in erster Linie die Fälle herauszugreifen sein, die für diese Entwicklung besonders kennzeichnend sind. Es wird sich hiebei vor allem um solche Fälle handeln, die ein Eindringen des Richters in Gebiete bedeuten, die bisher ausschließlich der Privatautonomie oder aber der Regelung durch den Gesetzgeber vorbehalten waren, wobei die Gestaltung vertraglicher Beziehungen durch den Richter besonders hervorzuheben sein wird. Dagegen werden die gestaltenden Entscheidungen auf dem Gebiet des Familienrechts, vor allem des Familiengüterrechts und des Ehescheidungsrechts, des Erbrechts und des Personenrechts aus der Betrachtung im wesentlichen ausscheiden müssen. Handelt es sich doch hier um Gebiete, die vor allem im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit schon immer der Gestaltung durch den Richter unterlegen sind und dem Parteiwillen weitgehend entzogen waren. Ihnen kommt daher für die Betrachtung der Entwicklung richterlichen Gestaltungsrechts eine besondere Bedeutung nicht zu.

Entwicklung richterlichen Gestaltungsrechts in der Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert.

I. Gemeines Recht und die deutschen Partikularrechte.

Auch das Gemeine Recht und die im 19. Jahrhundert in Deutschland geltenden Landesrechte haben dem Richter im Privatrecht grundsätzlich nur die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zugewiesen. Trotzdem lassen sich aber in diesen Rechtsordnungen einige, auch für uns heute noch bemerkenswerte richterliche Gestaltungsrechte feststellen.

So waren dem Richter verschiedene, unserem heutigen Vollstreckungsschutzrecht verwandte Befugnisse gegeben. Er konnte z. B. nach gemeinem Recht und nach verschiedenen Partikularrechten einem zu einer Leistung verurteilten Schuldner Leistungsfristen gewähren, wenn dieser auf Grund einer vorübergehenden Notlage zur sofortigen Erfüllung unfähig war, und die Billigkeit seinen Schutz forderte und rechtfertigte. Diese Frist wurde entweder als sogenannte Zahlungsfrist in dem die Leistungspflicht aussprechenden Urteil, also bereits im erkennenden Verfahren gewährt [1]) oder aber erst im Vollstreckungsverfahren bei Erhebung der zur Zwangsvollstreckung notwendigen Judikatsklage oder bei Stellung des hiezu ebenfalls genügenden Exekutionsantrages [2]). Im letzteren Fall sprach man von Urteils- oder Paritionsfristen. Erst nach fruchtlosem Ablauf der Zahlungs- oder Urteilsfrist wurde dann vom Richter die Zwangsvollstreckung angeordnet [3]). Es handelte sich also um Fristen, die zwischen Rechtskraft und Vollstreckung des Urteils eingeschoben wurden. Die Dauer dieser Fristen war im alten römischen Recht genau bestimmt gewesen. Nach der Praxis des gemeinen Rechts war dem Richter in allen Fällen bei Gewährung und Bemessung der Zahlungs- und Urteilsfristen freie

[1]) vgl. jüngster Reichsabschied von 1654 § 159; Wetzell S. 598 und 985; Württ. Gesetz vom 13. 11. 1855 (RegBl S. 280) Art. 1; Code civil und Badisches Landrecht Art. 1244 Abs. 2, hier heißt es: „Der Richter kann gleichwohl, je nach der Lage des Schuldners mäßige Zahlungsfristen gestatten . . ., jedoch hat er diese Macht mit vieler Behutsamkeit zu gebrauchen . . .".

[2]) vgl. die Kammergerichtsordnung von 1521 Kap. 31 § 1 und die von 1555, 3. Teil, 48. Titel, § 1; Wetzell aaO; Württ. Exekutionsgesetz vom 15. 4. 1825 (RegBl S. 279) Art. 88 f; Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 2 Anm. II 4 zu § 14 EG ZPO.

[3]) vgl. z. B. Art. 89 Württ. Exekutionsgesetz aaO.

Hand gelassen[4]), während in den Landesrechten teilweise eine Höchstgrenze festgesetzt war[5]). – Eine andere der Gewährung von Zahlungs- und Urteilsfristen ähnliche Möglichkeit, einem Schuldner Schutz zu gewähren, bot die Befugnis, ihm ein Moratorium, auch Anstandsbrief genannt, zu bewilligen[6]). Dieses Moratorium stellte eine obrigkeitliche Anordnung der Stundung fälliger Schulden dar. Während also die oben erwähnten Urteils- und Zahlungsfristen unmittelbar nur eine prozessuale Bedeutung hatten, nämlich die Verzögerung der Zwangsvollstreckung, hatte die Erteilung eines Moratoriums eine Aenderung des materiellen Rechtsverhältnisses zur Folge, der Schuldner erhielt das Recht, die Zahlung vorübergehend zu verweigern. Diese Befugnis zum gestaltenden Eingriff in private Rechtsverhältnisse stand ursprünglich als eine Art zivilrechtlicher Gnadenbefugnis dem Kaiser zu[7]), wurde aber später weitgehend auf die Landesfürsten übertragen oder von ihnen in Anspruch genommen. Von diesen wurde es — wenigstens in verschiedenen Territorien — den Gerichten übergeben. Dies geschah entweder so, wie z. B. in Preußen, daß die Gerichte selbst das Recht erhielten, die Stundung anzuordnen[8]), oder so wie in Württemberg, daß sich der Landesherr zwar die Erteilung vorbehielt, jedoch die Vorbereitung eines Moratoriumsgesuches den Gerichten überwies[9]). Ein solches Moratorium sollte in den Fällen gewährt werden, in denen ein Schuldner unverschuldet in Not geraten und infolgedessen vorübergehend nicht in der Lage war, seinen Verpflichtungen nachzukommen.[10]). Im 19. Jahrhundert wurde die Moratorienerteilung als polizeistaatliche Einrichtung immer mehr zurückgedrängt und in einigen Territorialstaaten gänzlich abgeschafft[11]).

Ein besonders bemerkenswertes und für unsere Zeit beachtliches Gestaltungsrecht war dem Richter bei der Klage auf Teilung eines Gemeinschaftsvermögens gegeben. Der Richter, der mit der actio communi dividundo oder der actio familiae erciscundae angerufen wurde, hatte im Gegensatz zum geltenden Recht des BGB die Befugnis, die Teilung durch konstitutives Urteil anzuordnen. Bei der Durchführung der Teilung war er zwar angewiesen, das Interesse der Parteien und etwaige Verein-

---

[4]) s. Wetzell aaO S. 598.

[5]) so z. B. in Württemberg (Gesetz vom 13. 11. 1855, RegBl S. Art. 2), wo eine Höchstdauer von 30 Tagen vorgesehen war.

[6]) vgl. Alexander Elster, Moratorien, in Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, Bd. 4 S. 124.

[7]) vgl. Reichspolizeiordnung von 1548 Titel 22 § 2; s. auch C 1, 19, 2 und 4.

[8]) Preußische Allgemeine Gerichtsordnung von 1794 Teil I Titel 47, §§ 1 ff.

[9]) vgl. den Erlaß des Königlichen Justizministers an die Zivilsenate der Königlichen Gerichtshöfe vom 27. 10. 1825 Erg.Bd. zum RegBl S. 72.

[10]) vgl. z. B. den in Anm. 2 zitierten württ. Erlaß, sowie die Reichspolizeiordnung von 1577 Titel 23 § 4.

[11]) vgl. Alexander Elster aaO.

barungen vorzugsweise zu berücksichtigen, konnte aber im übrigen die Teilung nach seinem Gutdünken vornehmen und so die Rechtsverhältnisse der Beteiligten von sich aus in weitestem Maße gestalten. So konnte er insbesondere das Eigentum an einem im gemeinschaftlichen Gute befindlichen Gegenstand einem Genossen ganz übertragen und für den andern ein dingliches Recht an demselben begründen, oder ihm einen Anspruch auf Entschädigung in Geld zusprechen. Auf diese Weise war die Möglichkeit geschaffen, mit Hilfe des Richters die Zersplitterung wertvoller Vermögen zu verhindern[12]) [13]).

Eine weitere Möglichkeit des richterlichen Eingriffes in dingliche Rechte und der Begründung solcher Rechte hat sich die gemeinrechtliche Praxis bei der Zuerkennung eines Notwegrechtes geschaffen. Die Bestimmung des römischen Rechtes, die ein Wegrecht zu einem Grabmal gewährt[14]), wurde dahin erweitert, daß dem Richter die Befugnis zugesprochen wurde, eine Wegdienstbarkeit dann zu schaffen, wenn ohne eine solche ein Grundstück nicht benutzt werden konnte. Das Recht zur Benützung des Notweges wurde unmittelbar durch den Richterspruch begründet[15]).

Erwähnt sei schließlich noch eine Bestimmung der preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung, die dem Richter die Befugnis gab, bei unklarer Beweislage eine vermittelnde Entscheidung zu treffen (Teil I, Titel XIII, § 29). Ebenso wie dies heute teilweise wieder gefordert wird, war es ihm erlaubt, bei nicht zu behebendem Widerspruch in den Beweisen den Gegenstand des Rechtsstreites nach billigem Ermessen zu teilen.

II. Von den Reichsjustizgesetzen bis zum Ausbruch des Weltkrieges.

1

Das Ende des 19. Jahrhunderts und damit die Zeit der großen Kodifikationen des Zweiten Reiches fällt in die Zeit des siegreichen Liberalismus. Das liberale Denken, ursprünglich in gesundem und gerechtfertigtem Kampf gegen den Polizeistaat des 18. Jahrhunderts entstanden,

---

[12]) vgl. Windscheid-Kipp Bd. II § 449 (S. 877); Staudinger Anm. B 1 zu § 752.

[13]) ebenso Sächsisches BGB §§ 339—344, 257, 2347; Allgemeines BGB §§ 841—846, 480; anders Preußisches Landrecht, das keine erzwingbare Teilung kannte (ALR I, 17 §§ 87—90).

[14]) D 11, 7, 12, 1.

[15]) vgl. Seuff.Arch. Bd. I, A.F. Nr. 177 und Bd. VI, A.F. Nr. 156; s. auch Motive zum BGB Bd. III S. 290.

war in dieser Zeit zu „einer Entartung des Freiheitsgedankens, zu einem übersteigerten Individualismus und Materialismus“ [1]) gelangt. Die Einzelpersönlichkeit mit ihrem Wollen und Wünschen war zum Alleinherrscher erhoben worden. In ihrer möglichst durch keine staatlichen Maßnahmen eingeengten Betätigungsfreiheit und dem daraus entstehenden Kampf Aller gegen Alle wurde der Quell des Fortschritts gesehen. Die Gemeinschaft und ihre Werte wurden nicht mehr erkannt. Der Zweck des Staates und die Aufgabe seiner Organe wurde vom Liberalismus daher im wesentlichen nur darin erblickt, die freie Entfaltungsmöglichkeit des einzelnen zu ermöglichen und zu gewährleisten.

Diese auf der Ueberschätzung des einzelnen beruhende Anschauung hat auch auf dem Gebiete des Rechts eine Ueberbewertung des Einzelwillens und damit der Privatautonomie zur Folge gehabt [2]). Allein der Parteiwille schien der liberalistischen Rechtsauffassung zur Gestaltung privater Rechtsbeziehungen berufen zu sein. Dem Richter konnte auf diesem Gebiete folglich nur das Amt zustehen, dem vom Parteiwillen Gewollten die staatliche Macht zur Durchsetzung zu leihen. Dementsprechend sollte er nur feststellen, was die Parteien mit ihren Willenserklärungen gewollt haben und danach seinen Spruch mit „Ja“ oder „Nein“ fällen. Ein Mitgestalten des Richters mußte dem Liberalismus als ein unberechtigter, das freie Spiel der Kräfte und damit den allgemeinen Fortschritt hemmender Eingriff in die unabdingbaren Rechte des Staatsbürgers dünken.

Der vollkommenen Ausrichtung des Liberalismus auf den Willen des einzelnen, seinem Verlangen nach weitestgehender Betätigungsfreiheit für den einzelnen entsprach seine Forderung nach einer möglichst genauen Vorausberechenbarkeit der Rechtsfolgen. Denn nur dann, wenn der einzelne die Möglichkeit hatte, die Vor- und Nachteile, die ihm sein Handeln bringen konnte, genauestens vorauszusehen, war er gemäß dieser Anschauung in der Lage, sich frei und ungebunden im Interesse seines wirtschaftlichen Wohlergehens zu betätigen. Wer aber eine genaue Berechenbarkeit der Rechtsfolgen als Ideal ansieht, der muß klare, das freie Ermessen des Richters ausschließende Tatbestände fordern und kann keine in die Gestaltung der Rechtsbeziehungen eingreifende dritte Macht dulden, da er deren Tun ja nicht schon im Voraus übersehen könnte. Der Liberalismus mußte deswegen jede sittliche und wirtschaftliche Wertung durch den Richter als Richterwillkür ablehnen und er mußte daher auch auf

[1]) Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht, S. 1.

[2]) vgl. hiezu und zu den folgenden Ausführungen die in Anm. 1 genannte Schrift von Lange, sowie Lange, „Vom alten zum neuen Schuldrecht“ und Stoll, Das bürgerliche Recht in der Zeiten Wende.

Grund seiner Forderung nach Vorausberechenbarkeit der Rechtsfolgen zum Gegner jeglichen richterlichen Gestaltungsrechtes werden.

Die liberale Rechtsauffassung hat sich am stärksten im Vertragsrecht als dem wichtigsten Gebiet der Privatautonomie geltend gemacht. Sie hat hier vor allem zu den Forderungen nach einer völligen Vertragsfreiheit und nach einer durch keine äußeren Umstände zu erschütternden Vertragstreue geführt. Im freien Belieben eines jeden sollte es in allen Fällen stehen, ob er einen Vertrag abschließen und welchen Inhalt er ihm geben wollte. An der kraft ihres eigenen Willens durch den Vertrag entstandenen Verpflichtung aber sollten die Vertragsparteien dann unter allen Umständen gebunden sein. Keine Aenderung der Zeitumstände oder bei seiner Abwicklung aus. Eine Gestaltung vertraglicher Beziehun- führen. Mit diesen beiden Leitsätzen des Vertragsrechts schloß der Liberalismus jede obrigkeitliche Mitwirkung beim Abschluß eines Vertrages oder bei seiner Stellungnahme aus. Eine Gestaltung vertraglicher Beziehungen durch den Richter hätte eine Einschränkung der Vertragsfreiheit, und das Suchen nach einem billigen, den veränderten Verhältnissen gerecht werdenden Ausgleich einen Verstoß gegen das Gesetz der Vertragstreue bedeutet. Wir werden sehen, daß eine große Anzahl der gesetzlichen Gestaltungsbefugnisse des Richters sich nur im Kampf gegen diese beiden Dogmen durchgesetzt hat, und daß ein stärkeres Zunehmen richterlicher Gestaltungsrechte erst dann möglich war, als der Glaube an die Richtigkeit dieser Leitsätze ins Wanken geraten war.

Ein weiterer Grund, der in liberaler Zeit zur Ablehnung einer rechtsgestaltenden Tätigkeit gerade des Richters führen mußte, muß in der durch den Liberalismus zur Wahrung der Freiheitsrechte des einzelnen zum politischen Grundsatz erhobenen Gewaltenteilungslehre Montesquieus gesehen werden [3]). Nach ihr stand rechtsgestaltende Tätigkeit, soweit sie überhaupt in den staatlichen Aufgabenkreis fiel, vor allem der gesetzgebenden Gewalt zu. Die Aufgabe des Richters war auch gemäß dieser Lehre auf die Gesetzesanwendung und damit auf die reine Entscheidung beschränkt. Die Gewährung einer Gestaltungsbefugnis an den Richter hätte dem Liberalismus eine Ueberschreitung der „natürlichen" Grenzen richterlicher Macht und damit nach Montesquieus Lehre eine Beschränkung der Freiheit des einzelnen bedeutet; die gegenseitige Kontrolle der drei Staatsgewalten wäre gestört gewesen.

Der politischen Auffassung von den Aufgaben des Richters und vom Recht als einer staatlichen Einrichtung, die die Betätigungsfreiheit des einzelnen sicherzustellen hatte, entsprach die Auffassung und Handhabung des Rechts durch die Rechtswissenschaft dieser Zeit. Diese war, im An-

[3]) vgl. Wieacker aaO S. 2.

schluß an die Lehre der historischen Rechtsschule, daß das klassische römische Recht das wahre, dem deutschen „Volksgeist" gemäße Recht darstelle, und im Anschluß an den sich aus dieser Lehre entwickelnden Pandektismus des 19. Jahrhunderts, einem immer stärker werdenden Positivismus verfallen[4]). Sie glaubte an die Lückenlosigkeit des positiven Gesetzes und wähnte durch Anwendung und Auslegung des Gesetzes, durch Bildung von Begriffen aus dem Gesetz und sonstige logische Konstruktionen jeden Rechtsfall einer gerechten Lösung zuführen zu können. Die Rechtswissenschaft sah folglich ihre als auch des Richters einzige Aufgabe in der logisch richtigen Anwendung des positiven Gesetzes, die für sie zu einer reinen Errechnung der Rechtsfolgen geworden war. Nur diese verstandesmäßige Subsumtionsarbeit war für den Positivismus richterliche Rechtspflege. Jede eigene Wertung eines Falles durch den Richter mußte er daher als eine dem Richter wesensfremde Tätigkeit ablehnen und der Positivismus mußte so auch jede freie Gestaltung durch den Richter als eine nicht zu dessen Aufgaben gehörende Tätigkeit verwerfen. Die positivistische Auffassung von der Aufgabe des Richters als einer Errechnung der Rechtsfolge traf sich so mit der liberalen Forderung nach Vorausberechenbarkeit der rechtlichen Wirkungen einer Willenserklärung. Dies mußte notwendig zur Ablehnung richterlicher Gestaltungsbefugnis führen. Da der Positivismus in dem Wahn lebte, die Anwendung des Gesetzes führe allein schon zur einzig gerechten Lösung, so konnte er auch gar kein Bedürfnis nach einer gestaltenden Tätigkeit des Richters empfinden.

2.

Entsprechend dieser liberalistischen Grundeinstellung hat die Gesetzgebung in den ersten Jahrzehnten nach 1871 eine Einwirkung in private Rechtsverhältnisse ängstlich vermieden und hat deren Gestaltung fast vollständig der Privatautonomie überlassen. Dort aber, wo eine obrigkeitliche Einwirkung unvermeidlich war, hat sie diese nach Möglichkeit unmittelbar durch das Gesetz, durch vorausberechenbare Normen vorgenommen.

Die ZPO von 1877 ist so ein getreues Abbild der auf Privatautonomie aufgebauten Privatrechtsordnung geworden. Für sie ist dem Prozeß und damit dem Richter im bürgerlichen Rechtsstreit nur die Aufgabe gestellt, Rechte zu gewähren, nicht aber die, Rechte zu ändern oder gar neu zu schaffen. Der Richter sollte möglichst passiv bleiben und nur in positivistischer Weise das Gesetz oder das von den Parteien im Wege der Privatautonomie geschaffene Recht auf den vorgetragenen Sachver-

[4]) vgl. Stoll, Das bürgerliche Recht in der Zeiten Wende, S. 5 f.

halt anwenden. Die ZPO sah in dem von den Parteien betriebenen Rechtsstreit und der ihr zugrunde liegenden Streitsache eben nur eine die Parteien, die Allgemeinheit und den Staat aber nicht berührende Angelegenheit [5]). Aus dieser Einstellung heraus hat die ZPO dem Richter die Möglichkeit genommen, von sich aus die Wahrheit zu erforschen, und hat es grundsätzlich den Parteien überlassen, ob und welche Beweise sie für ihre Behauptungen erbringen wollten. Sie hat den Richter gezwungen, ein Anerkenntnis, einen Verzicht oder ein Geständnis einer Partei seiner rechtlichen Bewertung ohne eigene sachliche Prüfung zugrunde zu legen und hat ihn streng an die Parteianträge gebunden. Indem aber so die Führung des Rechtsstreits, von der formalen Prozeßleitung abgesehen, der Parteiherrschaft unterworfen wurde, ist eine gestaltende Tätigkeit des Richters im Rahmen der streitigen Gerichtsbarkeit nahezu unmöglich gemacht worden [6]). Denn der Richter, der nicht nur entscheiden, sondern der selbst gestalten will, kann sich nicht damit begnügen, einen Sachverhalt so zu sehen, wie die Parteien ihn vorzutragen belieben. Er muß vielmehr in der Lage sein, von sich aus den Sachverhalt vollständig zu klären, d. h. die materielle Wahrheit zu erforschen, um alle Interessen gerecht gegeneinander abwägen zu können. Nur dann, wenn dies der Fall ist, kann er daran gehen, bestehende Rechtsbeziehungen zu ändern, kann er hoffen, eine sachgemäße Regelung zu treffen.

Und wie die ZPO in ihren Vorschriften über den Rechtsstreit die Möglichkeit einer richterlichen Gestaltung außer Acht gelassen hat, so hat sie es auch in ihrem Zwangsvollstreckungsrecht abgelehnt, dem Richter die Möglichkeit zu geben, Härten auszugleichen, und so einen vom Richter gehandhabten Vollstreckungsschutz zu schaffen. Auch auf diese mittelbare Gestaltung privater Rechtsverhältnisse glaubte die ZPO auf Grund ihrer liberalen Einstellung und der damit verbundenen Ueberschätzung der Gläubigerstellung verzichten zu können. Sie hat deswegen selbst die bestehenden, oben behandelten Vollstreckungsschutzmaßnahmen, die das gemeine Recht und die Partikularrechte enthielten, aufgehoben. In § 14 Abs. 2 Ziff. 4 EG ZPO ist ausdrücklich bestimmt, daß die landesrechtlichen Vorschriften über die Bewilligung von Moratorien, über die Urteilsfristen und über die Befugnisse des Gerichts, dem Schuldner bei Verurteilung Zahlungsfristen zu gewähren, außer Kraft treten. Solche Vorschriften würden, so heißt es in den Motiven zu dieser Gesetzesstelle [7]), dem letzten Zweck einer „rationalen Exekutionsgesetzgebung" zuwiderlaufen, der der sei, dem Gläubiger „eine rasche und energische Rechtshilfe" zu gewähren. Entsprechend

[5]) vgl. Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, S. 4 und 8 und Schönke, Zivilprozeß, S. 3.
[6]) vgl. Wieacker aaO S. 9.
[7]) Hahn, Materialien zur ZPO, Bd. II, 1, S. 422 f.

dieser Vorschrift sind in § 4 EG KO die landesrechtlichen Bestimmungen über die im Konkurs vorgesehenen Moratorien aufgehoben worden, da sie eine kreditschädliche und gegen den Willen des Gläubigers durchgeführt unzulässige Rechtsverweigerung darstellen würden [8]).

Trotz dieser grundsätzlichen Ablehnung einer Rechtsgestaltung durch den Richter finden sich aber doch schon in den Gesetzen dieser Zeit einzelne wenige Fälle einer richterlichen Gestaltungsbefugnis. So hat z. B. die Konkursordnung bei der Regelung des Zwangsvergleiches dem richterlichen Gestaltungswillen einen — wenn auch sehr engen — Spielraum gelassen. Der zwischen Konkursgläubigern und Gemeinschuldner abgeschlossene Zwangsvergleich bedarf der Bestätigung des Konkursgerichts. Da erst durch ihren Ausspruch der Vergleich rechtliche Wirksamkeit erlangt, kommt dieser Bestätigung rechtsgestaltende Kraft zu [9]); erst mit ihr treten an Stelle der alten Konkursforderungen die neuen im Vergleich begründeten Ansprüche. An der inhaltlichen Fassung des Zwangsvergleiches kann der Richter allerdings nicht das geringste ändern, seine inhaltliche Gestaltung wird vollständig von den Parteien des Zwangsvergleiches bestimmt [9]). Er kann ihn nur so, wie er ihm vorgelegt wird, entweder bestätigen oder verwerfen. Die Entscheidung darüber aber ist bis zu einem gewissen Grad in sein freies Ermessen gestellt. § 188 Abs. 1 Ziff. 2 KO bestimmt nämlich, daß er den Vergleich dann verwerfen soll, wenn dieser dem gemeinsamen Interesse aller nichtbevorrechtigten Gläubiger widerspricht. Damit ist aber für den Richter die Frage, ob er den Vergleich bestätigen soll, zum Teil von eigenen wirtschaftlichen Erwägungen abhängig gemacht. Denn nur auf Grund solcher kann er darüber urteilen, ob der Vergleich dem gemeinsamen Interesse dieser Gläubiger widerspricht. Wir haben es demnach bei dieser Bestätigung mit einer echten richterlichen Gestaltungsbefugnis zu tun: die Entscheidung hat gestaltende Wirkung und bei ihrem Erlaß ist dem Richter Raum gegeben für eigene gestaltende Arbeit. Ich hebe dies deswegen hier besonders hervor, weil unsere Rechtsordnung vielfach die Form der richterlichen Bestätigung oder Genehmigung gewählt hat, wenn sie dem Richter auf einen bestimmten Rechtsvorgang eine gewisse begrenzte Einwirkungsmöglichkeit einräumen wollte. Ich brauche hier nur auf die verschiedenen Genehmigungsrechte des Vormundschaftsrichters hinzuweisen, auf die im übrigen hier jedoch nicht näher eingegangen werden soll.

---

[8]) vgl. Hahn, Materialien zur Konkursordnung, Bd. IV S. 411 ff. Es heißt hier, daß diese Vorschriften für den gewissenlosen Schuldner eine gefährliche Handhabe seien, dem redlichen aber in den seltensten Fällen nützen würde. „Die Gläubiger würden gereizt und schwierig, die Schuldner in der Eingehung und Erfüllung ihrer Pflichten sorglos".

[9]) vgl. Jaeger, Konkursordnung, Bd. 2 Anm. 10 zu § 173.

In der Rechtsanwaltsgebührenordnung von 1879 findet sich in § 93 Abs. 2 sogar bereits eine Bestimmung, die dem Gericht das Recht zuerkennt, vertragliche Abmachungen inhaltlich abzuändern. Es ist dort angeordnet, daß eine zwischen Rechtsanwalt und seinem Mandanten vereinbarte Vergütung für die Anwaltstätigkeit, die unter Berücksichtigung aller Umstände übermäßig hoch ist, im Rechtsstreit nach eingeholten Gutachten des Vorstands der Anwaltskammer bis auf den in der Rechtsanwaltsgebührenordnung bestimmten Betrag herabgesetzt werden kann. Die Gefahr, daß ein sich in einer Notlage befindlicher Mandant aus dieser Lage heraus, um die Hilfe des Anwalts zu gewinnen, eine nicht mehr angemessene Vergütung verspricht, hat hier den liberalen Gesetzgeber veranlaßt, seine sonstige Zurückhaltung gegenüber dem vom Parteiwillen Gewollten aufzugeben und in die Vertragsgestaltungsfreiheit einzugreifen. Es zeigte sich eben hier in einem Einzelfall besonders deutlich, daß die dem Grundsatz der völligen Vertragsfreiheit zugrunde liegende Anschauung von der Gleichheit aller im wirtschaftlichen Leben falsch ist. Dadurch aber, daß der Gesetzgeber, um dieser Lage gerecht zu werden, ein richterliches Gestaltungsrecht geschaffen hat, hat er es vermieden, einen eine übermäßig hohe Vergütung enthaltenden Vertrag schon aus diesem Grunde mit Nichtigkeit ahnden zu müssen. Voraussetzung einer richterlichen Herabsetzung der vereinbarten Vergütung ist natürlich trotzdem, daß der Vertrag selbst rechtswirksam ist. Ist die Vergütung so bemessen, und unter solchen Umständen vereinbart worden, daß der Vertrag sittenwidrig ist, so kommt eine Herabsetzung selbstverständlich nicht mehr in Betracht. Man wird aber trotzdem sagen können, daß der Richter, der die Möglichkeit hat, die Vergütung herabzusetzen, viel weniger das Bedürfnis empfinden wird, einen solchen Vertrag als sittenwidrig anzusehen, als der, der in der Feststellung der Sittenwidrigkeit die einzige Möglichkeit sieht, einem Benachteiligten Mandanten zu helfen.

Eine weitere Einschränkung der völligen Vertragsfreiheit brachte kurze Zeit darauf das Gesetz betreffend Abzahlungsgeschäfte von 1884. Die rücksichtslose Ausbeutung der wirtschaftlich meist schwachen Abzahlungskäufer durch die Abzahlungshändler hatte ein Eingreifen des Gesetzgebers dringend notwendig gemacht [10]). Während das Gesetz aber in der Regel den Schutz des Käufers in der Weise durchgeführt hat, daß es unabdingbare Rechtssätze für den Abzahlungsvertrag aufgestellt hat, hat es in einem Fall den Käufer dadurch geschützt, daß es dem Richter das Recht zu einer gestaltenden Ausgleichsentscheidung gegeben hat. Gemäß § 4 Abs. 1 des Gesetzes kann eine wegen Nichterfüllung der dem Abzahlungskäufer obliegenden Verpflichtung verwirkte, unverhältnismäßig

[10]) vgl. Hörle, Gruch-Beitr. 55, 177 ff.

hohe Vertragsstrafe durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Dem Richter ist also in diesem Fall die Möglichkeit gegeben worden, diesen Vertragsbestandteil nach seinem freien Ermessen der Billigkeit entsprechend inhaltlich umzugestalten.

3.

Untersuchen wir nun in der zeitlichen Reihenfolge weitergehend die Stellungnahme des Bürgerlichen Gesetzbuches und der mit ihm erlassenen Gesetze und Gesetzesänderungen zur Frage der Rechtsgestaltung durch den Richter, so muß dieser Betrachtung die Feststellung vorangestellt werden, daß auch die Entstehungszeit des BGB noch ganz in die Zeit des siegreichen Liberalismus und Positivismus fällt[11]). Der Wille des einzelnen ist auch noch im BGB als oberste Gestaltungsmacht im bürgerlichen Rechtsleben anerkannt, der Betätigungsfreiheit des einzelnen sind möglichst wenig Schranken gesetzt. Vertragsfreiheit und Vertragstreue bilden die Grundpfeiler des individualistisch ausgebildeten Vertragsrechts. Die Berechenbarkeit der Rechtsfolgen wird über eine billige und gerechte Entscheidung im Einzelfall gestellt, die clausula rebus sic stantibus verfällt deswegen, von wenigen vereinzelten Ausnahmen abgesehen[12]), der Ablehnung. Auf diesen Grundsätzen aufgebaut mußte folglich auch das BGB den Richter grundsätzlich von einer gestaltenden Mitwirkung im Rechtsleben ausschließen. Ausdrücklich ist in den Motiven zum BGB daher auch betont, daß „das rechtskräftige Urteil nach der dem Entwurfe zugrunde liegenden Auffassung deklarativer und nicht konstitutiver Natur ist, und daß der Prozeß nicht dazu dient, das Recht erst zu schaffen, sondern nur dazu, vorhandenes Recht klarzustellen“[13]).

Auch einem Urteilen nach freiem richterlichem Ermessen steht das Gesetz, wenn auch nicht gerade ablehnend, so doch mit großer Zurückhaltung gegenüber. Als bei der Beratung des Gesetzes die Frage aufgeworfen wurde, ob dem Pächter bei einer Erntevernichtung das Recht zustehen solle den Pachtzins zu mindern oder vom Pachtvertrage zurückzutreten, wurde eine solche Befugnis mit der Begründung abgelehnt, daß es sich hiebei „um ein des rechtlichen Fundaments entbehrendes, bloß auf Billigkeit beruhendes Recht“ handeln würde[14]). Deutlich sieht man

[11]) vgl. Stoll, Das bürgerliche Recht in der Zeiten Wende, S. 3 und Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht, S. 4.

[12]) so z. B. in den §§ 321, 610 BGB.

[13]) Motive zum BGB I S. 369.

[14]) vgl. Motive zum BGB in Mugdan, Materialien zum BGB Bd. II S. 236. Ein dringendes praktisches Bedürfnis sollte allerdings eine solche Vorschrift rechtfertigen können.

hieraus, wie einerseits der Gedanke der Bindung an die übernommene vertragliche Verpflichtung und andererseits positivistisches Denken einen solchen Ausgleich ablehnen, bei dessen Findung der Richter auf Gründe der Billigkeit angewiesen wäre. Eine solche Tätigkeit fällt nach dieser Auffassung gar nicht mehr in den Bereich des Rechts und damit auch nicht in den Aufgabenkreis des Richters; sie entbehrt des „rechtlichen Fundaments", da sie sich nicht in einer Errechnung der Rechtsfolgen erschöpfen würde.

Auch die im gemeinen Recht bei Gemeinschaftsteilungen dem Richter gewährte Befugnis die Rechtsverhältnisse der Genossen bezüglich des Gemeinschaftsvermögens nach seinem freien und pflichtgemäßen Ermessen zu formen, ist vom BGB, wie eingangs schon erwähnt wurde, aus dieser Haltung heraus, aufgehoben worden. Statt dessen wurden starre Regeln geschaffen, auf Grund derer genau errechnet werden kann, wie die Teilung vorzunehmen ist, und was dem einzelnen zustehen soll [15]). Daß eine solche mathematische Verteilung, wenn das gemeinschaftliche Gut nicht zufällig in gleiche Teile zerlegt werden kann, nur über den Weg der Versilberung und damit vielfach nur über die Zerstörung großer, volkswirtschaftlich wichtiger Werte geht, ist dem bürgerlichen Gesetzbuch gleichgültig. Nur der einzelne soll unter keinen Umständen einer Willkür ausgesetzt sein und von vornherein errechnen können, was er auf Grund der Teilung zu erhalten habe. Gerade die Motive der Gesetzesverfasser zu den Regeln über die Teilung von Gemeinschaftsvermögen sind für die Frage der Stellung des BGB zu einer Rechtsgestaltung durch den Richter besonders aufschlußreich [16]). Es heißt hier, „daß das Gesetz dafür zu sorgen habe, daß das Interesse aller Teilhaber keine erhebliche Beeinträchtigung erleide, und daß zugleich kein Teilhaber vor dem andern begünstigt werde. Der passendste Weg hiezu aber sei die Umsetzung in Geld und die Verteilung des Erlöses unter die Teilhaber. Jeder andere Weg mache tatsächliche Ermittlungen nötig, welche ein zuverlässiges Resultat nach Natur der Dinge nur selten ergeben könnten, und erfordere mehr oder weniger vom Standpunkt der Billigkeit zu treffende Entscheidungen, deren Angemessenheit stets Zweifeln unterliege. Das Adjudikationsprinzip (d. i. das Prinzip der freien Teilung durch den Richter) stelle den Richter vor eine Aufgabe, deren befriedigende Lösung fast nur zufällig gelingen könne. Nach diesem Prinzip sei unvermeidlich, daß in vielen Fällen der eine Teilhaber gegenüber dem andern begünstigt und gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung verstoßen werde". Außer diesen Gründen wird noch hervorgehoben, daß das Verfahren der ZPO für einen konstitutiven Teilungsprozeß nicht geeignet wäre. Neben prozessualen Be-

[15]) s. §§ 752 ff, 731 ff und 2042 BGB.
[16]) vgl. Mottve zum BGB II S. 883.

denken hat also vorwiegend der Gedanke an das Interesse des einzelnen und an dessen Schutz vor etwaiger Richterwillkür ein richterliches Gestaltungsrecht zur Ablehnung gebracht, das vielleicht sonst schon damals erwünscht gewesen wäre.

Und wie in diesem Falle der Gemeinschaftsteilung so sind in all den Fällen, in denen das BGB von sich aus eine Rechtslage gestalten und Rechtsfolgen bestimmen muß, die Folgen seiner weitgehenden Abneigung gegen eine richterliche Gestaltungstätigkeit deutlich erkennbar. Es fehlt ihm deswegen die — bei seiner liberalen Grundhaltung allerdings auch gar nicht erwünschte — Möglichkeit, eine dem speziellen Einzelfall angepaßte Regelung zu treffen. Es mußte so zu seinem sogenannten „Alles- oder Nichtsstandpunkt" gelangen. Zum Beispiel gewährt das BGB entweder, weil ein Schaden schuldhaft zugefügt wurde, einen Schadensersatzanspruch, dann erstreckt sich dieser unabhängig von der Schwere des Verschuldens und den Verhältnissen der Beteiligten grundsätzlich auf den ganzen entstandenen Schaden, oder aber es ist eine Verpflichtung zum Schadensersatz mangels schuldhafter Verursachung nicht entstanden, dann muß der Geschädigte in der Regel seinen Schaden voll und ganz selbst tragen, mag dieses Ergebnis auch noch so sehr der Billigkeit widersprechen[17]. Und ebenso ergeht es dem Gesetz in den Fällen, in denen aus irgendwelchen Gründen rechtsgeschäftliche Vereinbarungen nicht in Ordnung sind. Es mangelt ihm hier an einem Mittler, der allgemeine Anordnungen sinngemäß auf das unzulängliche Rechtsgeschäft übertragen und es so von seinen Mängeln heilen könte. Dem BGB bleibt deswegen nichts anderes übrig, als entweder das ganze Geschäft etwa wegen Sittenwidrigkeit, wegen Dissenses oder infolge einer Anfechtung für nichtig zu erklären, oder aber, wenn ihm diese Folge als zu weitgehend erscheint, es als voll wirksam anzuerkennen. Nur dieses „Entweder—Oder" steht ihm bei seiner grundsätzlichen Ablehnung eines richterlichen Gestaltungsrechtes zur Verfügung[18], es sei denn, es läßt sich wie etwa bei der Minderung schon im voraus mit mathematischer Genauigkeit im Gesetz bestimmen, was an Stelle der bisherigen Regelung gelten soll (§ 472 BGB). Selbst im Falle der Teilnichtigkeit muß deswegen das Gesetz im Regelfall zur Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäftes gelangen.

Das BGB hat jedoch diesen positivistischen Grundsatz, auf dem es noch aufgebaut ist, bereits nicht mehr lückenlos durchgeführt. Mit seinen Ermessensbegriffen und Generalklauseln, vor allem mit den

[17]) Nur mit den Bestimmungen der §§ 254 und 829 BGB ermöglicht das Gesetz in bestimmten Fällen eine gerechte und billige Verteilung des Schadens, ohne hiebei allerdings ein unmittelbares Gestaltungsrecht zu schaffen.

[18]) vgl. hiezu Lange DJZ 34, 1296.

Bestimmungen der §§ 242, 157 BGB hat es dieses System, wenn auch vielleicht nicht voll bewußt, bereits selbst durchbrochen und den Weg zu einer neuen, nicht mehr ausschließlich vom Interesse des einzelnen beherrschten Rechtsordnung beschritten [19]). Indem es ein Messen der Leistung und die Auslegung von Verträgen nach Treu und Glauben und in bestimmten Fällen ein Urteilen nach Gesichtspunkten der Billigkeit usw. fordert, wendet es sich in wesentlichen Punkten von dem Grundsatz der rein logisch errechneten Entscheidung ab und verlangt vom Richter bei Fällung eines solchen Urteils eine eigene Wertung des ihm vorgetragenen Sachverhalts nach sittlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Erwägungen. Mit dieser Forderung hat das BGB den Boden des Positivismus verlassen. Und wenn auch die Anwendung solcher Generalklauseln, wie dargelegt wurde, für sich allein noch keine Umgestaltung eines Rechtsverhältnisses bedeutet, so muß doch schon deswegen die Einführung solcher Rechtssätze bei der Betrachtung der Stellungnahme eines Gesetzes zur richterlichen Gestaltungsbefugnis hervorgehoben werden. Dazu kommt, daß sich die Arbeit des Richters bei der Anwendung solcher Generalklauseln im wesentlichen nicht von der unterscheidet, die er bei Ausübung einer Gestaltungsbefugnis zu leisten hat. Hier wie dort erschöpft sich seine Tätigkeit nicht in der Subsumtion des gegebenen Sachverhalts unter gesetzliche Tatbestände. Nur die Wirkung seines Urteils ist konstruktiv gesehen eine verschiedene. Dagegen wird der praktische Erfolg einer Anwendung z. B. des § 242 BGB vielfach dem einer unmittelbaren Gestaltung gleichkommen [20]). Hedemann hat die Generalklauseln daher auch ausdrücklich als „Waffe und Mittel der Rechtsgestaltung" bezeichnet [21]). Wir können also diese Generalklauseln und die Einfügung zahlreicher Ermessensbegriffe in gesetzliche Tatbestände des BGB als einen Schritt vorwärts in Richtung auf die Aufnahme gestaltender Tätigkeit in den Kreis richterlicher Aufgaben werten. Ganz deutlich wird dies im Hinblick auf die allgemein unter Berufung auf § 157 BGB [22]) für zulässig erklärte Vertragsergänzung, innerhalb derer der Richter als befugt angesehen wird, Lücken eines Vertrages von sich aus zu ergänzen und einen Vertrag Umständen anzupassen, die die Parteien bei Vertragsabschluß nicht vorhergesehen hatten [23]). Diese Vertrag-„Auslegung" be-

[19]) vgl Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 42.
[20]) vgl. Palandt-Friesicke Anm. 4 c zu § 242.
[21]). Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, S. 57.
[22]) Tatsächlich findet diese Vertragsergänzung ihre Berechtigung in der gesetzlichen Ergänzungsvorschrift des § 242 BGB und nicht in der Auslegungsregel des § 157 BGB; vgl. Stoll, Vertrag und Unrecht, S. 83 und Enneccerus-Nipperdey S. 639 Anm. 22.
[23]) vgl. Protokolle (BGB) I S. 645; Enneccerus-Nipperdey S. 638; Stoll, Vertrag und Unrecht, S. 82.

deutet in Wirklichkeit vielfach nichts anderes als eine Gestaltung von Rechtsbeziehungen durch den Richter. Näher wird hierauf noch in anderem Zusammenhang einzugehen sein.

Ueber das in diesen Rechtssätzen mittelbar enthaltene Gestaltungsrecht hinaus haben das BGB und die mit ihm erlassenen Gesetze dem Richter auch einige echte Gestaltungsbefugnisse eingeräumt. Zu nennen ist hier vor allem die Bestimmung des § 343 BGB. Die schon erwähnte Befugnis des Richters, Vertragsstrafen herabzusetzen, die im Rahmen eines Abzahlungsgeschäftes vereinbart worden sind, ist hier auf alle übrigen Vertragsstrafen ausgedehnt worden, abgesehen von den von einem Kaufmann vereinbarten[24]. Auf Antrag des Schuldners kann vom Richter gemäß § 343 BGB eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Hiebei ist der Richter angewiesen, jedes berechtigte Interesse des Gläubigers nicht bloß dessen Vermögensinteressen in Betracht zu ziehen. Der Richter hat also hier die Möglichkeit, einen rechtswirksam geschlossenen — dies ist Voraussetzung einer Herabsetzung[25] — Vertrag in einem bestimmten Punkt nach seinem Gutdünken abzuändern. Mit der Rechtskraft seines Spruches wird die Vertragsstrafe nicht mehr wie bisher in der vereinbarten, sondern in der vom Richter festgesetzten und als angemessen erachteten Höhe geschuldet. Er gestaltet also unmittelbar die Rechtsbeziehungen der Parteien[26]).

Die schweren Ausschreitungen, welche die nur durch das Verbot der Sittenwidrigkeit gehemmte Vertragsfreiheit gerade auf dem Gebiete der Vertragsstrafe zur Folge hatte, haben diesen Schutz der wirtschaftlich Schwächeren notwendig gemacht[27]. Dadurch, daß das BGB diesen Schutz in der Weise gewährt, daß es dem Richter ein Herabsetzungsrecht, also eine Gestaltungsbefugnis gibt, hat es in diesem Ausnahmefall seinen sonstigen „Alles- oder Nichts-Standpunkt" überwunden und die Möglichkeit zu einem gerechten Ausgleich geschaffen. Diese Bestimmung hat, wie Palandt-Friesicke[28]) es treffend ausgedrückt hat, dem Richter die Macht gegeben, „zwischen Zulassung und Vernichtung des rechtlich Gewollten die mittlere Linie des Nichtgewollten aber Billigen zu wählen und diese frei zu bestimmen".

[24]) vgl. § 348 HGB.

[25]) vgl. RGRK Anm. 1 zu § 343.

[26]) so auch die allgemein herrschende Ansicht; vgl. z. B. Staudinger Anm. II 1 zu § 343; RGRK Anm. 1 zu § 343; Enneccerus-Lehmann S. 148. Anderer Ansicht ist Hölder, „Recht" 1900 S. 161, der ein Urteil nach § 343 BGB als ein Feststellungsurteil auf eine erfolgte Anfechtung hin ansehen will. Diese Ansicht ist aber mit dem Wortlaut des Gesetzes, nach dem die Herabsetzung „im Urteil" erfolgt, nicht vereinbar.

[27]) vgl. Protokolle (BGB) I S. 780 ff und Denkschrift zum Recht der Schuldverhältnisse in Mugdan, Materialien zum BGB II S. 1239.

[28]) Anm. 1 zu § 343.

Nur zögernd hat das BGB allerdings diesen in die Vertragsfreiheit und den Grundsatz der Vertragstreue eingreifenden Weg beschritten und nur in der Erwartung, daß der Richter keinen zu weitgehenden Gebrauch von seinem Herabsetzungsrecht mache [29]). Eine Minderheit sprach sich aber auch in diesem Falle gegen die Aenderung vertraglicher Beziehungen durch den Richter aus und wünschte, daß die auch von ihr als notwendig angesehene Regelung dieser Frage unmittelbar durch Gesetz erfolge [30]). Sie machte geltend, „die Zulassung eines solchen Herabsetzungsrechtes stehe mit der Aufgabe des Richters, welche eine deklarative und nicht eine konstitutive Tätigkeit bedinge, nicht im Einklang; sie sei prinzipiell zu verwerfen, da sie den Richter dazu führe, dem Vertrag zum Teil einen neuen Inhalt zu geben, ohne ihm einen Anhalt zu seiner Entscheidung geben zu können. Sie führe zu Richterwillkür, zur Vermehrung der Prozesse, zu Ungerechtigkeit gegen den Gläubiger und zur schweren Schädigung des Verkehrs“ [31]). Man sieht, welch weitgehenden und schwerwiegenden Folgen der Einführung einer richterlichen Gestaltungsbefugnis beigemessen wurden. Man war beinahe des Glaubens, durch eine solche werde jede Gerechtigkeit untergraben!

Aehnlich der Bestimmung des § 343 BGB gewährt § 655 BGB dem Richter ein Gestaltungsrecht, wenn in Maklerverträgen, die den Nachweis zum Abschluß eines Dienstvertrages oder die Vermittlung eines solchen zum Gegenstand haben, ein unangemessen hoher Maklerlohn vereinbart worden ist. Auf Antrag des Schuldners kann auch hier durch Urteil der Maklerlohn auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Die besonders schwache wirtschaftliche Stellung, in der sich oft gerade Arbeitsuche befinden, und die vielfach zu wüsten Ausbeutungen geführt hatte, hat es notwendig gemacht, die Gestaltungsfreiheit der Parteien bezüglich solcher Verträge einzuschränken und ihre inhaltliche Gestaltung in bestimmten Fällen zur Schaffung eines gerechten Ausgleiches teilweise einer unparteiischen staatlichen Stelle zu übertragen. Man mußte eben selbst unter der Herrschaft des Liberalismus in solch krassen Fällen einsehen, daß völlige Vertragsfreiheit — wenn überhaupt — nur dann wertvoll sein kann, wenn sich wirtschaftlich gleich starke Partner gegenüberstehen. Aber trotzdem hat auch dieses richterliche Gestaltungsrecht nur gegen den heftigen Widerstand der Verfechter einer uneingeschränkten Vertragsfreiheit Eingang in das BGB gefunden [32]). Eine beantragte Erweiterung des

[29]) vgl. Protokolle (BGB) I S. 785.
[30]) vgl. Protokolle (BGB) I S. 780 ff.
[31]) ebd. S. 783.
[32]) vgl. hiezu und zum folgenden Mugdan, Materialien zum BGB II S. 1292 (Kommissionsbericht) und S. 1324 (2. Lesung im Plenum) und Planck Anm. 1 zu § 655.

Herabsetzungsrechtes auf alle Maklerverträge ist von ihnen mit Erfolg bekämpft worden[33]). Aus der Entstehungsgeschichte des § 655 BGB, der erst in dem Reichstagsausschuß geschaffen wurde, ist in diesem Zusammenhang noch beachtenswert, daß der Herabsetzungsbefugnis und ihrer Ausdehnung auf andere Maklerverträge von Regierungsseite vor allem mit der Begründung widersprochen wurde, „die Beurteilung der Frage, ob ein Maklerlohn zu hoch sei, führe zu ganz besonderen Schwierigkeiten und Zweifeln, weil in Maklergeschäften zahllose Geschäfte nicht zum Ziele führen würden, wofür dann der Lohn eines gelungenen Geschäftes den Ausgleich bringen müsse". Einer Umgestaltung vertraglicher Beziehungen gerade durch den Richter werden hier also weniger theoretische, aus der Gedankenwelt des Positivismus stammende Bedenken entgegengehalten, als vielmehr praktische, die ihren Grund in Zweifeln haben an der wirtschaftlichen Urteilsfähigkeit des Richters und an seiner Befähigung, sich genügend in die einem solchen Vertrag zugrunde liegenden Verhältnisse hineinzudenken. Wir treffen hier auf Bedenken, deren Berechtigung nicht ohne weiteres verneint werden kann, und auf die noch zurückzukommen sein wird.

In diesem Zusammenhang sind weiter die dem Seehandelsrecht angehörenden Vorschriften der §§ 747, 748 HGB zu erwähnen, die dem Richter einen weitgehenden Einfluß auf die inhaltliche Gestaltung von Bergungs- und Hilfeleistungsverträgen einräumen. Das Gericht kann gemäß § 747 HGB auf Antrag solche Verträge für nichtig erklären oder auch inhaltlich abändern, wenn sie zur Zeit und unter dem Einfluß der Gefahr geschlossen und die vereinbarten Bedingungen unbillig sind, wenn einer der Vertragschließenden durch arglistige Täuschung zum Vertrag bestimmt worden ist oder schließlich wenn der Berge- oder Hilfslohn in einem außerordentlichen Maße nach der einen oder anderen Richtung außer Verhältnis zu den geleisteten Diensten steht. Bei unlauterem Verhalten kann das Gericht unter bestimmten Umständen nach § 748 HGB einen Berge- oder Hilfslohn auch ganz versagen. Die Notlage, in der sich meist der eine der Vertragspartner beim Abschluß eines derartigen Vertrages befinden wird, hat auch hier wie in dem vorher besprochenen Falle eine Einschränkung der Vertragsfreiheit und die Schaffung eines richterlichen Mitbestimmungsrechtes bei der inhaltlichen Gestaltung erforderlich gemacht. Beachtenswert ist vor allem, daß hier weder die unbillige Ausnützung einer Notlage noch arglistige Täuschung unbedingt die Nichtigkeit zur Folge haben muß, sondern daß vielmehr der Richter mittels seines Gestaltungsrechts den sittenwidrigen oder auf Täuschung beruhenden Vertrag

[33]) Palandt-Seibert (Anm. 1 zu § 655) fordert eine Ausdehnung der Herabsetzungsmöglichkeit auf alle Maklerverträge.

heilen kann. Ja selbst die Forderung nach dem „gerechten Preis" sucht hier der Gesetzgeber durch richterliche Rechtsgestaltung zu erfüllen.

Hieher gehört endlich auch das Recht, in einem auf Räumung einer Wohnung ergehenden Urteil Räumungsfristen zu gewähren, das § 721 ZPO dem Richter einräumt. Diese Vorschrift ist mit der im Zusammenhang mit dem BGB erlassenen Novelle zur ZPO von 1899 in dieses Gesetz aufgenommen worden. Während die ZPO in ihrer ursprünglichen Fassung, wie wir gesehen haben, auf jeden derartigen Vollstreckungsschutz verzichten zu können glaubte, sah man sich also bereits zwanzig Jahre später bei Erlaß des BGB genötigt [34]) wenigstens in einem Sonderfall berechtigten sozialen Forderungen Rechnung zu tragen und das harte Vollstreckungsrecht der ZPO zu mildern. Zur Durchführung dieses Vollstreckungsschutzes hat man, um den verschiedensten Fällen gerecht zu werden, dem Richter eine Gestaltungsbefugnis gegeben, indem man es ihm überlassen hat, je nach Lage des Falles die Räumungsfrist zu gewähren und ihre Dauer zu bemessen. Allerdings gestaltet der Richter, der dem Schuldner eine Frist zur Räumung gewährt, dadurch das zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende materielle Rechtsverhältnis nicht unmittelbar um. Er bestimmt in einem solchen Falle nur, von welchem Zeitpunkt ab der Staat dem Gläubiger seine Organe zur Zwangsvollstreckung zur Verfügung stellt [35]). Wir haben es hier aber mit einem der eingangs erwähnten Fälle zu tun, in denen die Gestaltung der prozessualen Rechtslage wirtschaftlich betrachtet, eine solche der materiellen mit sich bringt. Mittelbar gestaltet also auch hier der Richter die Rechtsbeziehungen der Partei.

Neben diesen Gestaltungsrechten, die — meist aus sozialpolitischen Gründen heraus — mit dem Ziel geschaffen wurden, dem Richter einen der Billigkeit entsprechenden Ausgleich zu ermöglichen, finden wir im HGB eine Gruppe von richterlichen Gestaltungsrechten, die hauptsächlich eingeführt wurden, um die Veränderung eines für den wirtschaftlichen Verkehr bedeutungsvollen Rechtsverhältnisses im Interesse der Rechtssicherheit besonders klarzustellen. Die Aenderung ist in diesen Fällen der Privatautonomie entzogen und von einem konstitutiven Richterspruch abhängig gemacht worden. Eine solche autoritative Klarstellung ist in diesen Fällen vor allem deswegen notwendig geworden, weil das Gesetz, das unter bestimmten Umständen einer der Vertragsparteien ein Recht auf Aenderung des Vertrages einräumen wollte, die Voraussetzungen dieses Rechts auf Rechtsänderung nicht schon im voraus für jeden einzelnen Fall

[34]) vgl. Drucksachen des Reichstags 1895/97, 9. Leg.Periode, 4. Session Anlage-Bd. III S. 1971. Es wurde damals im Reichstag bei der Beratung des BGB einstimmig beschlossen, die Regierung aufzufordern, die Aufnahme einer derartigen Vorschrift in die ZPO in Erwähnung zu ziehen.

[35]) vgl. Jonas ZPO Anm. I zu § 721 und Vorbem. II 5c vor § 704.

klar und eindeutig, sondern nur unter Verwendung von Ermessensbegriffen bestimmen konnte. Hätte man in diesen Fällen die Rechtsänderung unmittelbar durch Willenserklärung des berechtigten Vertragspartners eintreten lassen, so hätte bei Ausübung des Aenderungsrechtes vielfach Streit darüber entstehen können, ob die Voraussetzungen des Vertragsumgestaltungsrechtes gegeben waren und damit Zweifel darüber, ob die ausgesprochene, für den Verkehr bedeutungsvolle Vertragsänderung auch tatsächlich eingetreten ist[36]). Indem man dem Gericht die Aenderung des Vertrages und damit die Feststellung, ob die im Gesetz aufgestellten Voraussetzungen zu einer solchen Vertragsumgestaltung gegeben sind, von vornherein übertragen hat, sind solche Zweifel ausgeschlossen worden.

Richterliche Gestaltungsrechte dieser Art finden sich vor allem im Recht der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft[37]). So ist in § 117 HGB bestimmt, daß die Befugnis zur Geschäftsführung einem Gesellschafter der OHG auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung dann entzogen werden kann, wenn ein richtiger Grund zu einer solchen Maßnahme vorliegt[38])[39]). Unter denselben Voraussetzungen kann gemäß § 127 HGB einem Gesellschafter durch den Richter das Recht zur Vertretung der Gesellschaft genommen werden[40]). Nach § 133 HGB kann auf Antrag eines Gesellschafters eine Gesellschaft bei wichtigem Grund ohne Kündigung durch richterliche Entscheidung aufgelöst werden[41],[42]), und ebenso kann der Richter gemäß § 140 HGB wenn ein zur Auflösung der Gesellschaft berechtigender Grund in der Person eines Gesellschafters eingetreten ist, statt die Gesellschaft aufzulösen, auf Antrag diesen aus der Gesellschaft ausschließen[43]). Nach § 142 HGB endlich kann das Gericht dann, wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, und in der Person des einen die Voraussetzungen vor-

[36]) vgl. Denkschrift zum Entwurf des HGB S 105 und Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, S. 83.

[37]) gemäß § 161 Abs. 2 finden die für die OHG geltenden Vorschriften grundsätzlich auch auf die Kommanditgesellschaft Anwendung

[38]) Aehnlich bereits im Allgemeinen HGB Art 101 geregelt.

[39]) Beachtlich ist, daß das BGB für die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft in den §§ 712, 715 BGB ebenfalls die Entziehung der Geschäftsführungs- bzw der Vertretungsbefugnis bei wichtigem Grund kennt, daß aber die Beurteilung, ob ein solcher vorliegt und die Vornahme der Aenderung selbst in die Hand der Parteien des Gesellschaftsvertrages gelegt worden ist. Der Richter, der in einem derartigen Fall angerufen wird, hat nur nachträglich festzustellen, ob die Aenderung eingetreten ist, oder ob dies nicht der Fall ist, da die Voraussetzungen hiezu nicht gegeben waren. Die in der Regel weniger große Bedeutung der Gesellschaft des BGB für den Verkehr hat hier diese Regelung zugelassen.

[40]) vgl. Anm. 39 oben S. 27.

[41]) vgl. § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB und Art. 125 Allgemeines HGB.

[42]) Eine entsprechende Regelung enthalten die §§ 60 Ziff. 3, 61 GmbH-Ges.

[43]) vgl. § 737 BGB und Art. 128 Allgemeines HGB.

liegen, die, wenn mehrere Gesellschafter vorhanden wären, seinen Ausschluß rechtfertigen würden, dem andern Gesellschafter das Recht gewähren, die bisherige Gesellschaft ohne Liquidation als Einzelkaufmann zu übernehmen.

In all diesen Fällen greift der Richter gestaltend in das Gesellschaftverhältnis ein. Durch seinen Spruch tritt die von den klagenden Gesellschaftern gewollte Rechtsänderung ein. Erst mit dem rechtskräftigen Urteil verliert der verklagte Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis oder die Vertretungsmacht, ist die Gesellschaft im Falle des § 133 HGB aufgelöst, ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen und erst dann erhält der klagende Gesellschafter das in § 142 HGB vorgesehene Recht zur Uebernahme der Gesellschaft und geht diese auf ihn über[44]). Die Entscheidung darüber, ob die Voraussetzungen zu einer derartigen Rechtsänderung gegeben sind, trifft der Richter nach seinem Ermessen. Er stellt fest, ob ein wichtiger Grund vorliegt oder ob den Parteien die bisher bestehenden Verhältnisse weiterhin zumutbar sind. Er hat also hier bei entsprechenden Anträgen in weitestem Maße die Möglichkeit die vertraglichen Verhältnisse umzugestalten.

Das BGB hat dem Richter außerdem noch einige Gestaltungsrechte in solchen Fällen eingeräumt, in denen bereits ohne Mitwirkung des Richters entstandene Rechtsbeziehungen noch in einzelnen bestimmten Punkten der näheren inhaltlichen Bestimmung bedürfen, und die Parteien, denen diese Ergänzung in erster Linie überlassen ist, nicht zu einer angemessenen Regelung der noch offenen Fragen gelangen können. In diesen Fällen hat das Gesetz dem Gericht das Recht gegeben, auf entsprechenden Antrag nach freiem, pflichtgemäßem Ermessen das betreffende Rechtsverhältnis zu ergänzen und es so bis zu einem gewissen Grade inhaltlich zu gestalten[45]).

Hier ist vor allem die eingangs bereits erwähnte Bestimmung des § 315 BGB zu nennen, nach der dann, wenn im Rahmen eines Vertrags die Bestimmung der Leistung durch einen der Vertragsgenossen nach billigem Ermessen erfolgen soll, die Leistung durch Urteil festgesetzt wird, wenn die durch den Vertragsgenossen erfolgte Bestimmung der Billigkeit

[44]) vgl. Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, Anm. 9 zu § 117, Anm. 9 zu § 127, Anm. 24 zu § 133, Anm. 13 zu § 140 und Anm. 5 zu § 142; vgl. ferner RG in JW 26, 552 (zu § 117); Kisch S. 85 (zu § 127), S. 84 (zu § 142); RGZ 86, 63 und 101, 242 (zu § 142).

[45]) Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, S. 110 ff, nennt die Urteile, die in dieser Weise ein Rechtsverhältnis ergänzen, „festsetzende Urteile", im Unterschied zu den Urteilen, durch die ein Rechtsverhältnis erst begründet wird und die von ihm allein als „Konstitutivurteile" bezeichnet werden. Die rechtsgestaltende Wirkung der „festsetzenden Urteile", so wie dies hier aufgefaßt wird, soll von ihm mit dieser Unterscheidung aber wohl nicht bestritten werden.

widerspricht und daher unverbindlich ist. Vom Richter wird also hier durch gestaltende Entscheidung die bisher noch nicht rechtswirksam festgesetzte Leistung mit bindender Wirkung für die Parteien bestimmt. Das Gesetz begnügt sich hier nicht, wie vielfach sonst, mit der Feststellung daß die nicht angemessene Leistungsbestimmung unzulässig und deswegen unverbindlich sei, es hat vielmehr auch in diesem Falle durch die Einschaltung gestaltender Tätigkeit des Richters darüber hinaus einen Weg gefunden zu einer Ersetzung der unwirksamen durch eine vernünftige und angemessene Regelung. In derselben Weise wie § 315 BGB bestimmt die Vorschrift des § 319 BGB, daß auch dann, wenn ein Dritter die Leistung nach billigem Ermessen bestimmen soll, dieser aber entweder eine unangemessene Bestimmung oder gar keine trifft oder dieselbe verzögert, die Bestimmung der Leistung durch Urteil getroffen werden soll. — Gemäß §§ 2156, 2192 BGB findet die Regelung der §§ 315, 319 BGB entsprechende Anwendung, wenn ein Erblasser bei Anordnung eines Vermächtnisses oder einer Auflage die Bestimmung der Leistung den Beschwerten oder einem Dritten überläßt.

Aehnlich ist in § 660 BGB für die Auslobung der Fall geregelt, daß mehrere zu dem Erfolg beigetragen haben, für den eine Belohnung ausgesetzt worden ist. Da hier jedem, der an dem Erfolg beteiligt ist, ein Anspruch auf einen Teil der ausgesetzten Belohnung zusteht, bedarf das zwischen dem Auslobenden und dem einzelnen am Erfolg Beteiligten bestehende Schuldverhältnis noch einer inhaltlichen Bestimmung, sofern dieser Sonderfall nicht schon in der Auslobung selbst erschöpfend geregelt wurde. In erster Linie steht nun nach § 660 BGB die Verteilung der Belohnung, also die Bestimmung der Höhe des einzelnen Anspruches dem auslobenden Schuldner zu, der sie unter Berücksichtigung des Anteils eines jedem an dem Erfolg nach billigem Ermessen vorzunehmen hat. Ist die von dem Auslobenden vorgenommene Verteilung aber offenbar unbillig, dann ist sie unverbindlich und die Verteilung erfolgt wie in den oben genannten Fällen der §§ 315, 319 BGB durch Urteil. So wird also auch hier durch eine gestaltende Entscheidung des Gerichts ein bereits bestehendes Schuldverhältnis inhaltlich ergänzt.

In derselben Weise gibt § 2048 BGB dem Richter die Befugnis, eine Auseinandersetzung unter mehreren Miterben vorzunehmen, wenn der Erblasser angeordnet hat, daß die Auseinandersetzung nach billigem Ermessen eines Dritten erfolgen soll, die von diesem auf Grund dieser Anordnung getroffene Bestimmung aber offenbar unbillig und daher nach § 2048 BGB unverbindlich ist.

In diesem Zusammenhang ist ferner noch die Vorschrift des § 917 BGB zu erwähnen, die das Notwegrecht regelt und dem Richter insoweit

die inhaltliche Ergänzung eines Rechtsverhältnisses übertragen hat, als er erforderlichenfalls die Richtung des Notweges und den Umfang des Benutzungsrechtes durch Urteil zu bestimmen hat. Im Schrifttum [46]) und in der Rechtssprechung [47]) wird allerdings zum Teil einem derartigen Urteil jeglicher rechtsgestaltender Charakter mit der Begründung abgesprochen, daß die Entstehung des Notwegrechtes nicht erst durch richterliches Urteil bewirkt werde, sondern daß dieses bereits kraft Gesetzes entstehe, wenn einem Gründstück die zur ordnungsgemäßen Benützung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege fehle. Daß dies der Fall ist, ist ohne weiteres zuzugeben. Das Notwegrecht des BGB stellt eine Eigentumsbeschränkung dar, die beim Vorliegen ihrer Voraussetzungen kraft Gesetzes eintritt, und die nicht erst wie im gemeinen Recht [48]) durch Richterspruch begründet wird [49]). Insoweit aber, als in dem Urteil die Einzelheiten des Notwegrechts, seine Richtung und die Art und Zeit seiner Benützung vom Richter festgesetzt werden, gestaltet dieser von sich aus die Rechtsbeziehungen der Grundstücksnachbarn und insoweit muß deswegen ein solches Urteil auch als Gestaltungsurteil angesehen werden [50]). Genau wie im Falle der §§ 315, 319 BGB, deren konstitutiver Charakter fast durchweg anerkannt wird, trifft der Richter hier erstmalig die nähere inhaltliche Bestimmung eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses. Denn auch dort ist der Anspruch als solcher bereits vor dem ihn näher individualisierenden Urteil mit dem Vertragsschluß entstanden. Das Gesetz konnte von sich aus eben nur die ganz allgemeinen Voraussetzungen des Notwegrechtes bestimmen. Die nähere Bestimmung kann nur im Einzelfall getroffen werden, und das BGB hat diese „erforderlichenfalles", d. h. wenn die Parteien selbst sich über eine solche nicht einigen können, in die Hand des Richters und in sein freies Ermessen gelegt.

Hieher gehört endlich auch die Regelung der Grenzverwirrung, die von § 920 BGB in der Weise getroffen worden ist, daß unter bestimmten Umständen dem Richter die neue Abgrenzung der beiden nebeneinander

[46]) vgl. Planck Anm. 2 a zu § 917; Staudinger Anm. 40 zu § 917; RGRK Anm. 12 zu § 917. Auch die Motive sehen ein gemäß § 917 BGB ergehendes Urteil als feststellendes an (Motive zum BGB III S. 291).

[47]) vgl. z. B. Bayrisches Oberst.LG in DJZ 1907 S. 604 und Kammergericht in Recht 1909 Sp. 846.

[48]) s. oben S. 12.

[49]) In Oesterreich räumt das Gericht das Notwegrecht in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein, vgl. Klang, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Anm. III G 2 zu § 364.

[50]) Ebenso Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II S. 158; Wieacker aaO S. 3. Auch Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, S. 111 Anm. 96, rechnet ein solches Urteil nicht zu den feststellenden, sondern zu den von ihm Festsetzungsurteile genannten.

liegenden Grundstücke übertragen worden ist. Für die Vornahme dieser Abgrenzung sind ihm verschiedene Richtlinien zur Verfügung gestellt worden. So soll in erster Linie der Besitzstand für die Grenzbestimmung maßgebend sein, und wenn dieser nicht festgestellt werden kann, so soll das strittige Gebiet den beiden Nachbarn je zur Hälfte zugeteilt werden. Aber an diese Normen für die Abgrenzung ist der Richter nicht gebunden. Führen sie zu einem Ergebnis, das in irgend einer Weise mit den ermittelten Umständen in Widerspruch steht, so kann und muß der Richter nach seinem freien Ermessen unter Berücksichtigung dieser Umstände der Billigkeit gemäß eine neue Grenze bestimmen. Diese Bestimmung der neuen Grenze stellt einen rechtsgestaltenden Richterakt[51]) dar. Mit seiner Rechtskraft wird das gegenseitige Eigentum der Parteien durch die neu bestimmte Linie voneinander abgegrenzt und ihnen das Eigentum entsprechend neu zugeteilt[52]). Dieser Fall unterscheidet sich nun allerdings von den bisher im Rahmen dieser Gruppe behandelten insofern, als hier ein bereits eindeutig geregelter Einzelpunkt bestehender rechtlicher Beziehungen durch den Richter inhaltlich neu festgelegt wird, daß seine bisherige Regelung subjektiv unklar ist, während in den andern Fällen ein auch objektiv noch ungeregelter Einzelpunkt Gegenstand der richterlichen Gestaltung ist. Mit dem Hinweis darauf, daß die Grenze ja objektiv bereits festgelegt sei, wird nun auch vielfach ein Urteil, das eine entstandene Grenzverwirrung löst, als deklaratorisches angesehen. Es wird gesagt, daß die Bestimmung der Grenze durch den Richter nichts anderes enthalte als die Feststellung, daß die im Urteil genannte Grenzlinie die *erwiesene* richtige und ursprüngliche Grenze sei[53]). Diese Ansicht muß aber, da sie auf einer der tatsächlichen Wirkung eines solchen Richterspruches unmittelbar widersprechenden und im Gesetz nicht ausgesprochenen Fiktion beruht, abgelehnt werden. Diese Fiktion wird, wie die Motive deutlich erkennen lassen, nur gemacht, um den Schein zu wahren, die Aufgabe des Richters sei auch hier wie im Regelfall nur eine feststellende, und um nicht zugeben zu müssen, daß das Gesetz zur Lösung dieser Frage dem Richter eine Gestaltungsbefugnis geben mußte, eine „anormale Verfügungsgewalt", wie es in den Motiven zu dieser Stelle heißt[54]). Tatsächlich bestimmt der Richter eine ganz neue Grenze und nur der Zufall kann es einmal wollen, daß sich die alte und die neue Grenze decken. Denn dann, wenn der Verlauf der ursprüng-

[51]) Diese Ansicht wird auch von Staudinger Anm. 5 und 16 zu § 920 vertreten.

[52]) vgl. Staudinger Anm. 16 zu § 920.

[53]) so vor allem Motive zum BGB III S. 270 ff; ferner Planck Anm. 4 b zu § 920; RGRK Anm. 1 zu § 920; RG in JW 1906, 302. Weiteres Schrifttum zu dieser Frage s. bei Planck aaO.

[54]) Motive zum BGB III S. 273.

lichen Grenze tatsächlich bewiesen werden kann, dann besteht gar keine Grenzverwirrung und für die Anwendung des § 920 BGB ist dann kein Raum.

Dieser Fall eines richterlichen Gestaltungsrechtes verdient besondere Hervorhebung, weil das Gesetz es hier in einem Einzelfall einer unklaren Rechtslage nicht bei der sonst nach der Lehre von der Beweislast zu treffenden Lösung beläßt, die nur ein Entweder—Oder kennt, sondern mittels eines richterlichen Gestaltungsrechtes einen Ausgleich zwischen den Parteien schafft und es ermöglicht, die Gefahr der unklaren Rechtslage in einer den Umständen des Falles angemessenen Weise zu verteilen[55]).

III. Weltkrieg und Nachkriegszeit.

1.

Der Aufstieg der deutschen Wirtschaft in der langen Friedenszeit vor dem Weltkrieg hatte eine stärkere Einschränkung der Gestaltungsfreiheit der Rechtsgenossen als nicht unbedingt geboten erscheinen lassen, und hatte scheinbar eine Ausrichtung der Privatrechtsordnung nach den Grundsätzen des Liberalismus erlaubt. Nur langsam und zögernd und nur in wenigen Einzelfällen waren in die Rechtsordnung Beschränkungen der Gestaltungsfreiheit aufgenommen worden. Die Abwendung von den liberalen „Freiheits"-grundsätzen und die Entwicklung zu einer stärkeren Einschränkung der Gestaltungsfreiheit, die sich, wie zum Teil auch die vorangegangenen Ausführungen zeigen, zwar vor dem Weltkrieg immerhin schon erkennbar angebahnt hatten, haben nun mit dem Ausbruch des Krieges und während seines weiteren Verlaufs rasche und alle Gebiete des Verkehrsrechtes umfassende Fortschritte gemacht[1]). Die Notwendigkeiten der Kriegswirtschaft und der politische Zusammenbruch des Jahres 1918 ließen das Versagen des liberalen Wirtschaftssystems der Vorkriegszeit offen zutage treten. Große Umwälzungen im Gefüge unserer Rechtsordnung waren die Folge. Sie machten sich besonders in einer Einschränkung der Privatautonomie geltend und führten in mannigfachen Fällen zu einer staatlichen Einwirkung in einzelne private Rechtsverhältnisse.

Diese Entwicklung wurde noch verstärkt durch die politischen Forderungen der Novemberrevolte, die zum Schutze der wirtschaftlich

[55]) vgl. Heck, Sachenrecht, S. 224.

[1]) vgl. zu dieser Entwicklung Hedemann, Das bürgerliche Recht und die neue Zeit.

schwächeren „Klassen“ auf eine Sozialisierung der Rechtsordnung und damit ebenfalls auf einen Abbau der individualistischen Grundsätze hinzielten, die bisher einer staatlichen Mitwirkung bei der Gestaltung einzelner Rechtsbeziehungen entgegengestanden waren.

So erfuhr vor allem der Grundsatz der Vertragsfreiheit durch die Kriegswirtschaft und die Verhältnisse der Nachkriegsjahre, starke Beschränkungen. Höchstpreise wurden eingeführt [2]) und die Wuchergesetzgebung erweitert [3]). Lieferungsbedingungen wurden von den Reichsstellen und Kriegsgesellschaften [4]) mit bindender Wirkung festgesetzt, so daß den Parteien beim Abschluß solcher Verträge nur wenig oder gar kein Spielraum zur eigenen inhaltlichen Gestaltung verblieb. Besonders kennzeichnend ist auch die Einschränkung, die die Vertragsfreiheit auf dem Gebiete des Arbeitsvertragsrechts durch das Tarifvertragswesen und vor allem durch die Möglichkeit, die Tarifverträge für allgemein verbindlich zu erklären [5]) erlitten hat.

2.

Die Versorgung von Heer und Heimat mit den wichtigsten Gütern, die Anpassung des Arbeitsmarktes an die Anforderungen der Kriegswirtschaft, die Wiedereinführung der Kriegsteilnehmer in den Arbeitsprozeß, die Bekämpfung der dringendsten Wohnungsnot und andere Notwendigkeiten der Kriegswirtschaft und der Nachkriegszeit machten eine Einschränkung der Vertragsfreiheit vielfach auch in der Richtung erforderlich, daß den Parteien die Freiheit zum Abschluß bestimmter lebenswichtiger Verträge genommen wurde. Der Kontrahierungszwang, den die Rechtsordnung bisher nur in wenigen Ausnahmefällen gekannt hatte [6]), wurde in zahlreichen Fällen eingeführt [7]). Wurde der dem Kontrahierungs-

[2]) vgl. z. B. Gesetz betr. Höchstpreise vom 4. August 1914 in der Fassung vom 17. Dezember 1914, RGBl S. 516.

[3]) vgl. die Bundesratsverordnung gegen Preistreiberei vom 8. Mai 1918, RGBl S. 395.

[4]) so z. B. von der Reichsgetreidestelle, der Reichskartoffelstelle, Reichsfutterstelle und der Bezugsvereinigung der deutschen Landwirte.

[5]) vgl. Tarifvertragsverordnung vom 23. Dezember 1918, RGBl S. 1456.

[6]) vgl. Stoll, Vertrag und Unrecht, S. 14.

[7]) so ordnete z. B. § 13 Ziff. 2 b der Verordnung über die Errichtung von Preisprüfungsstellen und die Versorgungsregelung vom 25. September 1915, RGBl S. 607/4. November 1915, RGBl S. 728 an, daß zur Durchführung der Versorgung der Bevölkerung mit bestimmten Gegenständen des notwendigen Lebensbedarfs die Gemeinden ... anordnen können, daß Handel- und Gewerbetreibende verpflichtet sind, ihre Vorräte der Gemeinde auf Verlangen käuflich zu überlassen.

Nach dem vaterländischen Hilfsdienstgesetz vom 5. Dezember 1916, RGBl S. 1333, konnte ein Hilfsdienstpflichtiger durch Ueberweisung zur Beschäftigung

zwang innewohnenden Verpflichtung zum Abschluß eines bestimmten Vertrages nicht entsprochen, so konnte dieser, sofern sein Inhalt nicht schon durch Gesetz oder anderweitig bestimmt war, auch in inhaltlicher Beziehung bei staatlichen Stellen festgestezt werden. Der Vertrag wurde in einem solchen Falle „diktiert", wie Hedemann und Nipperdey es genannt haben [8]). Staatlichen Stellen wurde also in diesen Fällen, und dies führt uns auf unser besonderes Gebiet zurück, die Aufgabe zuteil, einzelne private Rechtsverhältnisse unmittelbar zu gestalten. Bemerkenswert ist es aber nun, daß diese Gestaltungsaufgaben, die größtenteils die vollständige Neuschöpfung von Verträgen zum Gegenstand hatten, nicht den ordentlichen Gerichten übertragen wurden. Mit dieser Aufgabe sind vielmehr Einigungsämter [9]), Schlichtungsausschüsse und sonstige Verwaltungsbehörden betraut worden [10]).

3.

Eine Einschränkung mußte in dieser Zeit vor allem auch der aus dem Wesen der absoluten Vertragsfreiheit folgende Grundsatz einer starren Vertragstreue erfahren. Die Umwälzungen des ganzen politischen, sozialen und wirtschaftlichen Lebens, die Kriegs- und Nachkriegszeit hervorgerufen hatten, forderten dringend eine Anpassung bestehender Rechtsbeziehungen an die neuen Verhältnisse, die von den Parteien nicht vorausgesehen worden waren. Die Billigkeit verlangte, daß Leistung und Gegenleistung wieder in ein gerechtes Verhältnis zueinander gebracht wurden. Es zeigte sich in dieser Zeit ganz besonders deutlich, daß die clausula rebus sic stantibus, die die Verfasser des BGB noch grundsätzlich aus

---

verpflichtet werden, mit einem Hilfsdienstbetrieb einen Arbeitsvertrag abzuschließen.

Gemäß § 4 Abs. 1 der Verordnug über Maßnahmen gegen den Wohnungsmangel vom 23. September 1918, RGBl S. 1143, konnte die Gemeindebehörde dem Verfügungsberechtigten über eine unbenutzte Wohnung einen Wohnungssuchenden bezeichnen und ihn dadurch verpflichten, mit diesem einen Mietvertrag abzuschließen.

Weitere Beispiele s. bei Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, S. 67 ff.

[8]) Hedemann, Das bürgerliche Recht und die neue Zeit, S. 17 und Anm. 27; Nipperdey aaO S. 116 ff.

[9]) vor allem auch den Mieteinigungsämtern, die damals in der Regel noch von den Gerichten getrennt waren und mit diesen nichts zu tun hatten.

[10]) So wurde gemäß § 4 der Wohnungsmangelverordnung dann, wenn sich ein Wohnungsinhaber mit dem von der Gemeindebehörde bezeichneten Wohnungsuchenden über den Abschluß eines Mietvertrages nicht einigen konnte, der Mietsvertrag in allen seinen Einzelheiten vom Mieteinigungsamt festgesetzt. Weitere Beispiele s. bei Nipperdey aaO S. 116 ff bes. auch S. 125 Anm. 2.

der Privatrechtsordnung ausschließen zu können glaubten, in vernünftigen Grenzen angewandt, um der Gerechtigkeit willen unentbehrlich ist. Diese notwendige Anpassung erfolgte nun zum Teil durch Gesetz [11]), zum Teil unter Zuhilfenahme der vorhandenen Generalklauseln durch die Rechtsprechung [12]) und auf einzelnen Gebieten auch durch staatliche Stellen, die durch Gesetz oder Verordnung die Befugnis erhielten, auf entsprechenden Antrag einer Partei ein bestimmtes Rechtsverhältnis unabhängig vom Willen der andern Partei der neuen Lage anzupassen. Neben Einigungsämtern, Schiedsgerichten und andern Verwaltungsbehörden wurde diese Aufgabe, die ein Umgestalten, ein „Korrigieren" [13]) der Verträge bedeutete, in einigen wenigen Fällen auch dem Richter übertragen. Er bekam damit eine Aufgabe ähnlich der, die ihm durch § 343 BGB und die im Zusammenhang mit dieser Vorschrift genannten Bestimmungen übertragen worden ist. Auch hier sollte er einen billigen Ausgleich zwischen den gegenseitigen Parteiinteressen schaffen, und es so vor allem vermeiden, daß die Rechtsbeziehungen wegen der Aenderung der ihnen zugrunde liegenden Verhältnisse der vollständigen Auflösung anheim fielen. Während aber diese älteren Gestaltungsrechte mehr den Zweck verfolgten, im Interesse eines einzelnen eine billige Lösung herbeizuführen, steht bei den jetzt zu behandelnden Fällen die im Interesse des Volksganzen notwendig gewordene Lösung allgemein volkswirtschaftlicher Aufgaben im Vordergrund. Das richterliche Gestaltungsrecht erscheint als eines der Mittel zur Bewältigung dieser Aufgaben.

So mußten bereits in den ersten Kriegstagen des August 1914 Maßnahmen zum Schutze von Schuldnern getroffen werden, die infolge des Kriegsausbruches nicht mehr in der Lage waren, ihren fälligen Zahlungsverpflichtungen rechtzeitig nachzukommen. Zur Durchführung dieses auch anderswo erforderlich gewordenen Schuldnerschutzes wurden in den meisten europäischen Ländern weitgehende Zahlungsmoratorien erlassen. Deutschland hat diesen Weg im Interesse seiner auf ein gut arbeitendes Kreditwesen angewiesenen Wirtschaft nicht beschritten. Der Zahlungsverkehr sollte aufrechterhalten werden, soweit dies überhaupt möglich war. Es mußte daher dafür gesorgt werden, daß Zahlungserleichterungen einem Schuldner nur in solchen Fällen gewährt wurden, in denen dies infolge des Kriegsausbruches auch tatsächlich notwendig geworden war. Statt einer kraft Gesetzes auf alle Schuldverhältnisse einer bestimmten Art einwirkenden Maßnahme, wie dies ein allgemeines Moratorium darstellt, legte

[11]) z. B. durch die Aufwertungsgesetze.
[12]) z. B. in der sogenannten „freien" Aufwertung. Hierauf wird später noch näher einzugehen sein.
[13]) so von Nipperdey aaO S. 154 bezeichnet.

deswegen die Gesetzgebung des Reichs die Durchführung dieses Schuldnerschutzes in die Hand des Richters und ermöglichte so eine individuelle Prüfung und die Anpassung der zu gewährenden Hilfe an den einzelnen Fall[14]). Durch die Bundesratsverordnung vom 7. August 1914 über die gerichtliche Bewilligung von Zahlungsfristen (RGBl S. 359)[15]) bekam das Prozeßgericht in Streitigkeiten über Geldforderungen, die vor dem 31. Juli 1914 entstanden waren, das Recht, im Urteil Zahlungsfristen bis zur Dauer von drei Monaten zu gewähren[16]). Eine solche Zahlungsfrist sollte es einem Schuldner zubilligen, wenn dessen Lage dies rechtfertigte und dem Gläubiger daraus kein allzu großer Nachteil erwuchs. Die Bewilligung der Zahlungsfrist konnte sowohl für den Gesamtbetrag als auch für einen Teilbetrag der Forderung erfolgen und von der Erfüllung von Bedingungen[17]) oder von einer vom Richter nach freiem Ermessen festzusetzenden Sicherheit abhängig gemacht werden. Die Gewährung der Zahlungsfrist und bis zu einem gewissen Grad auch die Bemessung ihrer Dauer wurde also in das pflichtgemäße Ermessen des Richters gestellt und ihm damit das Recht gegeben, das der streitigen Geldforderung zugrunde liegende Rechtsverhältnis abzuändern. Ausdrücklich war in § 1 Abs. 3 Satz 1 der Verordnung[18]) bestimmt, daß die Zahlungsfrist die Wirkung einer

---

[14]) vgl. die Begründung zu der Bekanntmachung vom 7. August 1914 in Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch, I S. 174.

[15]) abgeändert durch die Bundesratsverordnungen vom 20. Mai 1915, RGBl S. 288 und vom 8. Juni 1916, RGBl S. 451. Besondere Verordnungen ergingen später bezüglich der Gewährung von Zahlungsfristen, wenn die Zahlung des Kapitals oder der Zinsen einer Hypothek, einer Grundschuld oder die Ablösung einer Rentenschuld gefordert wurde (Verordnungen vom 22. Dezember 1914, RGBl S. 543 und vom 8. Juni 1916, RGBl S. 454). Die Bewilligung von Zahlungsfristen an Kriegsteilnehmer wurde durch Verordnung vom 8. Juni 1916, RGBl S. 452, geregelt. In den beiden zuletzt genannten Fällen ist vor allem die Beschränkung auf vor dem 31. Juli 1914 entstandene Forderungen weggefallen und außerdem die Höchstdauer der Zahlungsfristen zum Teil bis auf ein Jahr heraufgesetzt worden.

Entsprechende Vorschriften über die Bewilligung von Zahlungsfristen brachten in der Zeit nach dem Krieg das Gesetz zum Schutze gegen die Folgen der Verkehrserschwerung vom 3. März 1919, RGBl S. 281 und das Schutzgesetz für die durch die Abtretung der ehemals preußischen Teilgebiete Polens betroffenen Schuldner vom 27. Juni 1922, RGBl I S. 533. Schuldner, deren Lage durch die Erschwerung des Verkehrs mit Teilen des Reichsgebietes bzw. durch die Abtretung deutscher Gebiete an Polen sich wesentlich verschlechtert hatte, konnten auf Grund dieser Gesetze vom Richter ebenfalls Zahlungsfristen bewilligt erhalten.

[16]) Sofern im Urteil nicht schon eine Zahlungsfrist festgesetzt worden war, konnte das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Schuldners die Vollstreckung für die Dauer von 3 Monaten einstellen.

[17]) vgl. § 1 der Verordnung in der Fassung vom 8. Juni 1916.

[18]) in der Fassung der Verordnung vom 8. Juni 1916.

vom Gläubiger bewilligten Stundung habe[19]). Der Schuldner erhielt also durch den Richterspruch ein ihm zuvor nicht zustehendes zeitweiliges Leistungsverweigerungsrecht.

So wurde damals von der Not der Zeit gefordert ein sehr bedeutsames und teilweise von den Richtern freudig begrüßtes[20]) richterliches Gestaltungsrecht geschaffen, dessen allgemeine Einführung heute wieder gefordert wird. Und beachtenswert ist, daß durch die damaligen Vorschriften veranlaßt sich im Schrifttum ein Streit darüber entspann, ob dem Richter eine derartige Befugnis auch in Friedenszeiten gewährt werden solle. Während sich einzelne für die Beibehaltung und Ausdehnung dieser Vorschriften aussprachen und darin einen Fortschritt zu größerer Gerechtigkeit sahen[21]), wurde dies von andern abgelehnt, die eine solche Befugnis als allzugroßen Eingriff in die Gläubigerrechte ansahen und die glaubten, eine solche Tätigkeit widerspreche dem eigentlichen Amt des Richters[22]).

Denselben Zweck, Schuldnern zu helfen, die infolge des Kriegsausbruches in Not geraten waren, verfolgte auch die Bundesratsverordnung über die Folgen der nicht rechtzeitigen Zahlung einer Geldforderung vom 18. August 1914 (RGBl. S. 377)[23]). Auch in ihr wurde ein richterliches Gestaltungsrecht geschaffen, um eine gerechte Durchführung des Schutzes im einzelnen Falle und eine Beschränkung auf solche Fälle zu gewährleisten, in denen sich ein derartiger Schutz tatsächlich als notwendig erwies. § 1 dieser Verordnung ermächtigte die Gerichte, in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten auf Antrag des Schuldners im Urteil[24]) anzuordnen, daß besondere Rechtsfolgen, die wegen der Nichtzahlung oder der nicht

[19]) Bevor § 1 der Verordnung in dieser Weise neu gefaßt worden war, bestand Streit darüber, ob die Gewährung einer Zahlungsfrist gleich einer vom Gläubiger ausgesprochenen Stundung umgestaltend auf das materielle Rechtsverhältnis einwirke. Es wurde zum Teil angenommen, daß, wie im Falle des § 721 ZPO bei der Gewährung einer Räumungsfrist, die Wirkung der Bewilligung einer Zahlungsfrist nur in einem Hinauszögern der Zwangsvollstreckung bestehe (vgl. hiezu das bei Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch, I S. 179, zu dieser Streitfrage angegebene Schrifttum).

[20]) vgl. Riß, DRZ 1914, 721.

[21]) vgl. z. B. Bovenstepen DRZ 1914, 774.

[22]) vgl. bes. Neumann JW 1914, 1095.

[23]) abgeändert durch die Bundesratsverordnungen vom 20. Mai 1915, RGBl S. 288 und vom 8. Juni 1916, RGBl S. 451. Besondere Anordnungen ergingen für Kriegsteilnehmer durch die Verordnung über die Bewilligung von Zahlungsfristen an Kriegsteilnehmer vom 8. Juni 1916, RGBl S. 452 (§ 4). Vgl. auch § 4 des oben S. 36 Anm. 15 erwähnten Gesetzes zum Schutze gegen die Folgen der Verkehrserschwerung und § 1 Ziff. 2 des dort ebenfalls aufgeführten Schutzgesetzes für die durch die Gebietsabtretungen an Polen betroffenen Schuldner.

[24]) Hatte der Gläubiger schon einen Titel, so konnte der Schuldner den Antrag durch Einwendung gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel (§ 732 ZPO) geltend machen.

rechtzeitigen Zahlung einer vor dem 31. Juli 1914 entstandenen Geldforderung eingetreten waren, als nicht eingetreten gelten. Das Gericht konnte auch den Eintritt dieser Folgen von einer Bedingung oder von dem fruchtlosen Ablauf einer auf höchstens drei Monate zu bemessenden Frist abhängig machen. Die gestaltende Einwirkung einer derartigen auf Grund dieser Verordnung getroffenen richterlichen Anordnung auf ein bestehendes Privatrechtsverhältnis tritt hier ganz deutlich zutage. Durch die Aufhebung der Verzugsfolgen werden Gläubigerrechte, die bereits entstanden sind, wieder aufgehoben. So wird z. B. dem Vermieter, der infolge der Nichtzahlung des Mietzinses ein Recht auf Räumung erlangt hat, dieses Recht durch einen solchen Richterakt nachträglich wieder entzogen.

Ein weiteres richterliches Gestaltungsrecht zur Anpassung an die durch den Krieg eingetretenen veränderten Umstände schuf das Gesetz betreffend eine Verlängerung der Schutzdauer bei Patenten und Gebrauchsmustern vom 27. April 1920 (RGBl. S. 675). In diesem Gesetz wurde das Reichspatentamt ermächtigt, auf Antrag die Dauer eines Patents oder die Schutzzeit eines Gebrauchsmusters zu verlängern, wenn das Patent oder das Gebrauchsmuster während des Krieges nicht in einer ihrer wirtschaftlichen und technischen Bedeutung entsprechenden Weise ausgenutzt werden konnten. Gemäß § 8 des Gesetzes sollten aber die Lizenzrechte an Patenten und Gebrauchsmustern trotz der Verlängerung mit der ursprünglichen Dauer des Schutzrechtes ablaufen, sofern im Vertrag nicht schon ein früherer Ablauf vereinbart war. Dem Lizenznehmer wurde jedoch das Recht eingeräumt, auch seinerseits eine Verlängerung seiner Lizenz zu verlangen. Machte er von diesem Recht Gebrauch und konnten sich die Beteiligten über Leistung und Gegenleistung nicht einigen, so sollten die Bestimmungen hierüber vom Richter getroffen werden, dem so ein Recht zur Ergänzung und damit eine Befugnis zur Gestaltung des Lizenzvertrages eingeräumt worden war.

Denselben Zweck der Anpassung verfolgt auch das erste in der Zeit der Inflation entstandene und durch sie veranlaßte Gesetz über die anderweitige Festsetzung von Geldbezügen aus Altenteilsverträgen vom 18. August 1923 (RGBl I S. 815). Es gibt dem Richter die Befugnis, wiederkehrende Leistungen aus einem mit der Ueberlassung eines Grundstücks in Verbindung stehenden Altenteilsvertrag entsprechend den veränderten Verhältnissen neu festzusetzen, wenn das die Billigkeit fordert, und er eine Einigung unter den Parteien des Altenteilsvertrages über die Aenderung nicht herbeiführen kann. Gemäß § 2 des Gesetzes soll die anderweitige Feststezung der Geldbezüge vor allem in der Weise erfolgen, daß Geldforderungen in Forderungen auf Naturalleistungen umgewandelt oder aber

wenigstens in dem einer Menge von Naturalerzeugnissen entsprechenden Wert ausgedrückt werden. Ist für Geldleistungen ein dingliches Recht an einem Grundstück bestellt, so kann sogar dieses vom Richter abgeändert werden. Dieses umfassende richterliche Vertragsumgestaltungsrecht ist auch nach Beendigung der Inflation nicht aufgehoben worden und bis zum heutigen Tage in Geltung geblieben [25]). Es hat auch später in der 1930 beginnenden Wirtschaftskrise ein wertvolles Mittel dargestellt, Altenteilsverträge durch richterliche Rechsgestaltung der Notlage der deutschen Landwirtschaft anzupassen [26]).

Eine Anpassung von Rechtsverhältnissen an die durch die Inflation hervorgerufenen Zustände ist später in großem Umfange durch das Aufwertungsgesetz vom 16. Juli 1925 erfolgt. Im Gegensatz zu der eben behandelten Verordnung nahm dieses Gesetz die Umgestaltung der rechtlichen Beziehungen unmittelbar selbst vor, indem es genau bestimmte, in welcher Höhe in den von ihm geregelten Fällen eine Aufwertung eintreten sollte (vgl. z. B. § 4 des Gesetzes). Um über Härten, die bei einer derartigen allgemeinen Regelung entstehen können, auszugleichen, hat es den Aufwertungsschuldnern das Recht eingeräumt, eine Herabsetzung der Aufwertung zu verlangen, wenn dies mit Rücksicht auf ihre wirtschaftliche Lage zur Abwendung einer großen Unbilligkeit erforderlich erschien (vgl. §§ 8, 34 und 52 des Gesetzes). Die Herabsetzung selbst hat es den Aufwertungsstellen übertragen (§ 70 des Gesetzes). Da gemäß § 72 AufwG und Art. 117 der Durchführungsverordnung zum Aufwertungsgesetz vom 29. November 1925 (RGBl I S. 392) in der Regel das Amtsgericht Aufwertungsstelle war, haben wir es daher auch bei dem Härteklausch des Aufwertungsrechtes mit richterlichen Gestaltungsrechten zu tun.

Aber wie bereits erwähnt wurde, sind in den meisten Fällen, in denen staatlichen Stellen die Anpassung von Verträgen an die neuen Verhältnisse übertragen wurden, nicht die Gerichte mit dieser Aufgabe betraut worden, sondern, wie wir dies auch bereits bei den sogenannten diktierten Verträgen gesehen haben, besondere zu diesem Zweck geschaffene Behörden. Ein Beispiel hiefür bietet die durch die Brennstoffknappheit veranlaßte Verordnung über Sammelheizungs- und Warmwasserversorgungsanlagen in Mieträumen vom 2. November 1917 (RGBl S. 989) und die Verordnung über die Einwirkung der Heizstoffpreise auf Mietverhältnisse vom 22. Juni 1919 (RGBl S. 583) [27]). In diesen Verordnungen

[25]) Das Gesetz gilt jedoch nicht mehr für Altenteilsverträge, die mit einem Erbhof im Zusammenhang stehen, vgl. § 36 Abs. 5 EHRV.

[26]) vgl. Schlegelberger, Vertragsgestaltung durch den Richter, S. 10.

[27]) Neufassung und Zusammenfassung beider Verordnungen durch Bekanntmachung vom 22. Juni 1919, RGBl S. 595.

ist bestimmt, daß Schiedsstellen, die bei den Gemeinden errichtet werden, anordnen können, in welchen Monaten und in welchem Umfange geheizt werden muß, und ob und in welcher Höhe Minderungsansprüche vom Mieter gegen den Vermieter geltend gemacht werden können, wenn die durch Anordnung der zuständigen Behörden oder der Schiedsstelle festgesetzte Leistung des Vermieters an Heizung der Mieträume und Lieferung warmen Wassers hinter dem vertragsmäßigen Umfange dieser Leistungen zurückbleiben. Diesen Schiedsstellen war außerdem das Recht zugestanden worden, die Mietpreise oder die besondere Vergütung für die Heizung zu erhöhen, wenn die Kosten für die Heizstoffe seit der letzten Vereinbarung unvorhersehbar so gestiegen waren, daß billigerweise dem Vermieter die Last der Preissteigerung nicht allein aufgebürdet werden konnte. Ausdrücklich war in der Verordnung bestimmt, daß die von der Schiedsstelle getroffenen Anordnungen als vereinbarte Bestimmungen des Mietvertrages gelten (§ 8) und dadurch deutlich das Gestaltungsrecht der Schiedsstellen, ihr Recht zur Aenderung vertraglicher Bestimmungen zum Ausdruck gebracht worden. Die Schiedsstellen entschieden gemäß § 7 der Verordnung [28]) nach billigem Ermessen und auch in verfahrensrechtlicher Beziehung waren sie vollständig freigestellt. So konnten sie insbesondere auf Antrag oder von Amts wegen Beweise einziehen, konnten also auch von sich aus Zeugen vernehmen [29]).

Als weiteres Beispiel für die Uebertragung solcher Gestaltungsaufgaben an Verwaltungsbehörden sei noch die Verordnung über die schiedsgerichtliche Erhöhung von Preisen bei der Lieferung von elektrischer Arbeit, Gas und Leitungswasser vom 1. Februar 1910 (RGBl S. 135) [30]) genannt. Wer auf Grund von Abmachungen, die er vor dem Inkrafttreten dieser Verordnung abgeschlossen hatte, zur Lieferung von elektrischer Arbeit, Gas oder Leitungswasser verpflichtet war, konnte eine Abänderung dieser Abmachung, insbesondere eine Erhöhung der Lieferpreise verlangen, wenn und insoweit infolge der Kriegsverhältnisse die Höhe der Selbstkosten so gewachsen waren, daß das Anwachsen bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nicht vorauszusehen war, und daß billigerweise die Tragung der Mehrkosten dem Lieferer allein nicht zugemutet werden konnte. Falls über diese Ansprüche eine Einigung nicht zustande kam, sollte ein Schiedsgericht im Rahmen der Anträge der Parteien unter Abwägung der Interessen aller Beteiligten entscheiden, ob und auf welche Zeit eine Vertragsänderung eintreten sollte. Die von dem Schieds-

[28]) in der Fassung vom 22. Juni 1919.

[29]) vgl. die Anordnung über das Verfahren vor den Schiedsstellen vom 2. November 1917, RGBl S. 991.

[30]) später mehrfach geändert. Neufassung durch Bekanntmachung vom 16. Juni 1922, RGBl S. 510.

gericht getroffenen Feststellungen galten, wie auch hier ausdrücklich gesagt worden war (§ 2), als Bestandteile der vertraglichen Abmachung. Das Schiedsgericht bestand aus einem Obmann und zwei sachverständigen Beisitzern. Jede der Parteien wählte einen Beisitzer, die dann ihrerseits einen Obmann bestimmen. In verfahrensrechtlicher Beziehung ist weiter noch zu erwähnen, daß auch diese Schiedsgerichte sehr frei gestellt waren und vor allem von Amts wegen Beweise erheben konnten[31]).

Diese Vorschriften über die Zusammensetzung der Schiedsgerichte und über das Verfahren vor den Schiedsstellen und Schiedsgerichten lassen deutlich die Gründe erkennen, die in erster Linie dazu geführt haben, daß auch diese „Vertragskorrekturen" in der Mehrzahl der Fälle nicht den ordentlichen Gerichten übertragen wurden[32]). Sie liegen einmal darin, daß man Zweifel hegte, ob die ordentlichen Gerichte über genügend sachverständiges Wissen verfügen, um eine solche Vertragsumgestaltung vornehmen zu können, und zum andern darin, daß man das Verfahren der ZPO für die Durchführung einer derartigen Aufgabe für ungeeignet hielt. Wir stoßen damit wiederum auf Bedenken gegen die Fähigkeit des Richters zur Rechtsgestaltung, denen wir nun schon wiederholt begegnet sind.

4.

Eingriffe in die Vertragsfreiheit erfolgten in dieser Zeit, wie wir dies in einem Sonderfall (Wohnungsmangelgesetz) bereits gesehen haben, auch auf dem Gebiete des Mietvertragsrechtes über Gebäude und Gebäudeteile. Die allgemeine große Wohnungsnot, die durch das Darniederliegen der Neubautätigkeit in den Kriegsjahren hervorgerufen worden war, hatte Maßnahmen zum Schutze der Mieter dringend erforderlich gemacht. Bei der Vielgestalt der Einzelfälle konnte es sich auch hier nicht darum handeln, allgemeine kraft Gesetzes alle Mietverhältnisse unmittelbar erfassende Maßnahmen zu schaffen. Es blieb nur der Weg übrig, eine bestimmte Stelle mit der Vertragsgestaltung zu betrauen, die die Notwendigkeit, die Art und das Maß des zu gewährenden Schutzes in jedem

[31]) vgl. die Bekanntmachung über die Schiedsgerichte für die Erhöhung von Preisen bei Lieferung von elektrischer Arbeit ... vom 5. März 1919, RGBl S. 288 / 18. März 1920, RGBl S. 330. Zusammensetzung und Verfahren der Schiedsgerichte wurde später durch Verordnung vom 16. Juni 1922, RGBl I S. 511, geregelt.

[32]) vgl. außerdem noch § 55 des Reichsausgleichsgesetzes vom 24. April 1920, RGBl S. 597 (das Reichswirtschaftsgericht ist hier mit der Vertragskorrektur beauftragt); die Verordnung über die schiedsgerichtliche Erhöhung von Beförderungspreisen der Eisenbahnen, Kleinbahnen, Straßenbahnen und Anschlußbahnen vom 21. Februar 1920, RGBl S. 255. Weitere Beispiele s. bei Nipperdey aaO S. 154 ff, vor allem S. 157 Anm. 2.

Einzelfall zu prüfen hatte. Diese Aufgabe wurde nun ursprünglich in vollem Umfange den Mieteinigungsämtern übertragen, die bei den Gemeindebehörden bereits im Dezember 1914 als Gütestellen auf dem Gebiete des Miet- und Hypothekenwesens gebildet worden waren[33]). Diese Mieteinigungsämter werden von der wohl herrschenden Ansicht als Verwaltungsbehörden und nicht als Sondergerichte oder sonstwie den Gerichten vergleichbare Behörden angesehen[34]). Da aber die Aufgaben des Mieteinigungsamtes in solchen Gemeinden, in denen Mieteinigungsämter nicht errichtet worden waren, alsbald den Amtsgerichten übertragen wurden[35]), und da später in einzelnen Ländern des Reichs die Amtsgerichte ganz allgemein Mieteinigungsämter wurden[36]) und zum Teil die bisherigen Aufgaben des Mieteinigungsamtes mit dem Mieterschutzgesetz von 1923 unmittelbar auf die Gerichte als solche übergingen, soll im Rahmen dieser die Gestaltungsrechte des Richters behandelnden Arbeit auch die Gestaltungsbefugnisse des Mieteinigungsamtes Erwähnung finden.

Die erste reichsrechtliche Mieterschutzmaßnahme brachte die Bekanntmachung zum Schutze der Mieter vom 26. Juli 1917 (RGBl S. 659). Sie gab den Einigungsämtern die Befugnis, auf Anruf eines Mieters nach billigem Ermessen über die Beendigung oder Fortsetzung eines gekündigten Mietverhältnisses zu bestimmen. Ordnete das Mieteinigungsamt die Fortsetzung an, so hatte es unter Ausschluß des Rechtswegs auch endgültig über eine Erhöhung des Mietzinses Bestimmung zu treffen. Das Mieteinigungsamt entschied in einem sehr freien Verfahren in der Besetzung von einem zum Richteramt oder zum höheren Verwaltungsdienst befähigten Vorsitzenden und mindestens zwei Beisitzern[37]), die zur Hälfte dem Kreise der Mieter und zur andern Hälfte dem der Hausbesitzer ange-

---

[33]) vgl. die Bekanntmachung betr. Einigungsämter vom 15. Dezember 1914, RGBl S. 511.

[34]) so Krieg, Mietrecht, Anm. 3 zu § 37 MSchG; RGRK Anm. 1 Abs. 2 zu § 553; RGZ 107, 284. Anderer Ansicht z. B. Oertmann in JW 1917, 956. Vgl. im übrigen zu dieser Frage das in RGZ 187, 284 zahlreich angegebene Schrifttum.

[35]) vgl. die Bekanntmachung, betr. Aenderung der Bekanntmachung zum Schutze der Mieter, vom 15. September 1917, RGBl S. 834.

[36]) so in Preußen (§ 2 der preußischen Ausführungsverordnung zum MSchG vom 24. April 1936, GS S. 102); vgl. für Württemberg § 1 der Verfügung der Ministerien der Justiz und des Innern über Errichtung von Mieteinigungsämtern bei den Amtsgerichten vom 30. Juni 1922, RegBl S. 246 und die Verfügung der Ministerien der Justiz nnd des Innern zur Ausführung des Mieterschutzgesetzes vom 21. September 1923, RegBl S. 440.

[37]) seit dem 1. Januar 1932 entscheiden die Mieteinigungsämter ohne Beisitzer, vgl. die 4. NotVO des Reichspräsidenten vom 8. Dezember 1931, RGBl S. 708, 2. Teil, Kap. IV Art. 2.

hören mußten[38]). Durch Verordnung vom 23. September 1918 (RGBl S. 1135)[39]) wurden die Mieterschutzmaßnahmen und die Befugnisse des Mieteinigungsamtes zur Gestaltung von Mietverhältnissen in erheblichem Umfange erweitert. Die Landeszentralbehörden wurden ermächtigt, anzuordnen, daß Mietverhältnisse über Wohnungen nur noch mit Zustimmung des Mieteinigungsamtes wirksam gekündigt werden konnten. Sie konnten den Mieteinigungsämtern ferner, wenn dies eine besondere Notlage erforderte, das Recht zugestehen, den Mietzins eines neu vereinbarten Mietvertrages auf eine angemessene Höhe herabzusetzen. Die Mieteinigungsämter erhielten außerdem noch die Befugnis, an Stelle des Vermieters dem Mieter das Recht zur Untervermietung zu erteilen, und konnten so den bestehenden Mietvertrag auch in diesem Punkte abändern.

Neu ist dann das Mieterschutzrecht durch das Reichsmietengesetz vom 24. März 1922 RGBl S. 273 und durch das Mieterschutzgesetz vom 15. Juni 1923 RGBl Teil I S. 353) geregelt worden, die beide mit mannigfachen Abänderungen[40]) heute noch in Geltung sind. Das Reichsmietengesetz regelt in der Hauptsache die Bildung eines angemessenen Mietzinses der sogenannten gesetzlichen Miete auf der Grundlage der Friedensmiete. Zur Entscheidung eines Streites über die Höhe der Friedensmiete ist das Mieteinigungsamt berufen worden. Insoweit sich die Tätigkeit der Mieteinigungsämter auf diese Streitentscheidung bezieht, ist sie nur feststellender und nicht gestaltender Art. Ist jedoch eine Friedensmiete nicht vereinbart oder nicht mehr feststellbar, bzw. ist der Mietraum erst nach dem 1. Juli 1914 bezugfertig geworden, oder scheint wegen besonderer Umstände eine von der Friedensmiete abweichende Regelung gerechtfertigt, so hat das Mieteinigungsamt auf Antrag eines Vertragsteiles als Friedensmiete den ortsüblichen Mietzins *festzusetzen*. Gemäß § 15 RMietG gilt die vom Mieteinigungsamt getroffene Festsetzung als vereinbarte Bestimmung des Mietvertrages. Mit dieser Festsetzung greift das Mieteinigungsamt gestaltend in das Mietverhältnis ein. Die gesetzliche Miete wird zwar auch in diesen Fällen bereits durch die Erklärung eines Vertragsteiles geschuldet, daß die Miete nach den Vorschriften des Reichsmietengesetzes berechnet werden solle. Die nähere Bestimmung über die Höhe dieser Miete erfolgt dann aber durch das Mieteinigungsamt, das dadurch, ähnlich wie wir dies bei den Gestaltungsurteilen gemäß § 315

[38]) § 4 der VO, vgl. auch die Anordnung für das Verfahren vor den Mieteinigungsämtern vom 26. Juli 1917, RGBl S. 661 / 15. September 1917, RGBl S. 834.

[39]) Neufassung der Mieterschutzverordnung durch Bekanntmachung vom 23. September 1918, RGBl S. 1139.

[40]) vgl. im einzelnen RGRK 9. Aufl. Anm. 5 zu § 535 und Anm. 1 Abs. 3 zu § 553, sowie Palandt, Einf. 4 A vor § 535.

BGB gesehen haben, das Mietverhältnis inhaltlich ergänzt. In derselben Weise hat das Mieteinigungsamt die Aufgabe, den für eine Werkswohnung angemessenen Mietzins festzusetzen, wenn die Ueberlassung der Wohnung einen Teil der für die Dienstleistung zu gewährenden Vergütung darstellt und das Arbeitsverhältnis aufgelöst, das Mietverhältnis aber fortgesetzt wird (§ 21 MSchG).

Die Aufgabe des Mieterschutzgesetzes ist dagegen in erster Linie Kündigungen auszuschließen, die sozial und wirtschaftlich nicht gerechtfertigt sind. Zu diesem Zweck hat es für die ihm unterliegenden Mieträume das sich aus dem BGB ergebende Kündigungsrecht des Vermieters weitgehend ausgeschlossen und statt dessen die Auflösung eines solchen Mietverhältnisses nur durch rechtsgestaltendes Aufhebungsurteil [41]) des Amtsgerichts zugelassen (§§ 1—1 p MSchG). Das Amtsgericht entschied ursprünglich auf einen Antrag auf Aufhebung eines Mietverhältnisses in der Besetzung von einem Amtsrichter und zwei Beisitzern aus dem Kreise der Mieter und Vermieter (sog. Mitschöffengericht); seit dem 1. Januar 1932 trifft der Amtsrichter seine Entscheidungen in Mieterschutzsachen allein [42]). Zum Teil sind nun die Voraussetzungen unter denen das Gericht ein Urteil auf Auflösung eines Mietverhältnisses erlassen muß im Gesetz genau festgelegt. In diesen Fällen sind dem Richter daher durch das Mieterschutzgesetz keine Gestaltungsrechte im Sinne dieser Arbeit übertragen worden. So ist z. B. in § 3 MSchG bestimmt, daß der Vermieter auf Aufhebung klagen kann, der Richter also den Mietvertrag auflösen muß, wenn der Mieter mit der Zahlung des Mietzinses in bestimmter Weise in Verzug geraten ist [43]). Bei andern Kündigungsgründen des Mieterschutzgesetzes ist dagegen die Feststellung ihrer Voraussetzungen von eigenen in das freie Ermessen des Richters gestellten Erwägungen abhängig gemacht und ihm so in diesen Fällen mit dem Recht zur Aufhebung des Mietvertrages eine echte Befugnis zur Gestaltung privater Rechtsbeziehungen gegeben worden. Dies ist z. B. der Fall beim Kündigungsgrund des § 2 MSchG. Dort ist bestimmt, daß der Vermieter kündigen kann, wenn der Mieter sich einer erheblichen Belästigung des Vermieters oder eines Hausbewohners schuldig macht oder durch unangemessenen Gebrauch des Mietraumes oder Vernachlässigung der gebotenen Sorgfalt den Mietraum oder das Gebäude erheblich gefährdet, daß aber die Aufhebung aus diesen Gründen unter anderem nur

[41]) später wurde außerdem noch ein besonderes dem Mahnverfahren ähnliches gerichtliches Kündigungsverfahren eingeführt.

[42]) vgl. Anm. 37 S. 42.

[43]) in derselben Weise sind im Gesetz die Voraussetzungen für eine Kündigung gemäß § 4 a MSchG genau festgelegt worden.

dann zulässig ist, wenn das Verhalten des Mieters ein solches war, daß dem Vermieter eine Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann. In derselben Weise stellt § 4 MSchG die Aufhebung eines Mietverhältnisses in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts. Nach dieser Vorschrift kann der Aufhebungsklage stattgegeben werden, wenn für den Vermieter aus besonderen Gründen ein so dringendes Interesse an der Erlangung des Mietraumes besteht, daß auch bei Berücksichtigung der Verhältnisse des Mieters die Vorenthaltung der Mieträume eine schwere Unbilligkeit für den Vermieter darstellen würde. In den beiden angeführten Fällen ist auf diese Weise die Kündigung eines Mietverhältnisses von der Bejahung ihrer sozialen und wirtschaftlichen Berechtigung durch den Richter abhängig gemacht worden.

Neben den sich auf die Aufhebung eines Mietverhältnisses beziehenden Gestaltungsrechten hat das Mieterschutzgesetz dem Gericht auch noch das Recht gegeben, bei einer nur teilweisen Aufhebung des Mietverhältnisses den Mietzins für die Restwohnung den neuen Verhältnissen entsprechend herabzusetzen. Gemäß § 4 Abs. 2 MSchG ist der Richter bei einer Aufhebung, die lediglich wegen dringenden Eigenbedarfs des Vermieters erfolgt, auch ermächtigt, auf Antrag den Vermieter zu verpflichten, dem Mieter die für den Umzug innerhalb des Gemeindebezirks erforderlichen Kosten ganz oder teilweise zu ersetzen, wenn eine solche Maßnahme von der Billigkeit gefordert wird. In § 5a MSchG ist dem Richter schließlich noch die Befugnis zugestanden worden, in einem Aufhebungsurteil insoweit eine Räumungsfrist zu gewähren, als dies die beiderseitigen Verhältnisse zulässig bzw. erforderlich erscheinen lassen[44]).

Durch die vorgehend erwähnten Bestimmungen des Mieterschutzes ist so dem Richter ein maßgebliches Mitwirkungsrecht an der Gestaltung und Ordnung eines großen und für alle Kreise des Volkes außerordentlich bedeutungsvollen Rechtsgebietes eingeräumt worden. Er erfüllt, da das Mieterschutzgesetz — obwohl ursprünglich nur für die Notzeit der Nachkriegsjahre gedacht — noch heute in Geltung ist, die ihm damit übertragenen Gestaltungsaufgaben nun schon fast zwei Jahrzehnte lang. Vorübergehend war in der Zeit vor 1933 der Mieterschutz eingeschränkt worden. Die nationalsozialistische Gesetzgebung hat jedoch eine wesentliche Stärkung des sozialen Schutzes der Mieter gebracht, was vor allem durch die wieder auftretende Wohnungsknappheit und die Belange der Preisstoppolitik gefordert worden ist[45]). Eine Zeit lang schien es allerdings, als würden

[44]) Durch die Gewährung einer Räumungsfrist nach § 5a MSchG wird wie bei der Zuerkennung einer Räumungsfrist nach § 721 ZPO unmittelbar allerdings nur die prozessuale Rechtslage verändert; vgl. S. 26 und Anm. 35 S. 26.

[45]) vgl. RGRK Anm. 1 Abs. 4 und 5 zu § 535 und Pritsch-Rexroth, Mietrecht der Gegenwart, S. XI.

wegen der vordringlichen Bedeutung der Preispolitik im Rahmen des Mieterschutzes die mit ihm verbundenen Gestaltungsaufgaben den Gerichten wieder genommen und auf Verwaltungsbehörden übertragen. Durch die Verordnung über Maßnahmen der Preisbehörden bei Kündigungen von Miet- und Pachträumen vom 19. April 1939 (RGBl I S. 799) nämlich die Preisbehörden beauftragt wurden, Kündigungen von Mietverhältnissen, die nicht dem Mieterschutzgesetz unterliegen, für unwirksam zu erklären, wenn der Mieter zu der Kündigung keinen Anlaß gegeben hat und diese für ihn eine nicht unerhebliche wirtschaftliche Belastung mit sich bringen würde [46]). Unter denselben Voraussetzungen konnten sie ein Mietverhältnis, das ohne Kündigung durch Zeitablauf erloschen war, auf unbestimmte Zeit verlängern. Durch die mit Ausbruch des Krieges am 5. September 1939 erlassene 3. Verordnung zur Ausführung über Kündigungsschutz für Miet- und Pachträume (RGBl I S. 1670) sind diese Befugnisse den Preisbehörden wieder genommen und das Mieterschutzgesetz von wenigen Ausnahmen abgesehen auf Mietverhältnisse über Gebäude und Gebäudeteile jeder Art, sowie auf Pacht- und Unterpachtverhältnisse über Räume ausgedehnt worden. Damit ist nunmehr die zur Durchführung des Mieterkündigungsschutzes erforderliche gestaltende Einwirkung in Mietverhältnisse ausschließlich dem Richter anvertraut worden.

Durch die zuletzt genannte Verordnung vom 5. September 1939 sind außerdem auch die rechtsgestaltenden Befugnisse des Mieteinigungsamtes erweitert worden. Sie sind gemäß § 5 der Verordnung wieder ermächtigt worden, auf Antrag des Mieters die Erlaubnis des Vermieters zur Untermiete zu ersetzen. Die 5. Verordnung zur Ausführung der Verordnung über Kündigungsschutz für Miet- und Pachträume — vom 14. August 1940 (RGBl I S. 1104) — hat dem Mieteinigungsamt auch noch das Recht erteilt, im Falle eines Wohnungstausches an Stelle des Vermieters die Einwilligungserklärung zum Eintritt eines Dritten in den Mietvertrag abzugeben.

In diesem Zusammenhang sei schließlich bereits hier auf das Gesetz über das Kündigungsrecht der durch das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums betroffenen Personen — vom 7. April 1933 (RGBl I S. 187) — hingewiesen, daß ebenfalls ein richterliches Gestaltungsrecht in Bezug auf die Kündigung von Mietverhältnissen über Wohnungen geschaffen hat. Nach diesem Gesetz kann derjenige, der durch die Maßnahmen zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums seine Bezüge ganz oder teilweise verliert, seine Wohnung kündigen. Erhebt der Vermieter dagegen Widerspruch, so kann das Amtsgericht die Kündigung für unwirksam

[46]) Im einzelnen waren die Voraussetzungen der Unwirksamkeitserklärung in der Ausführungsverordnung vom 24. Juni 1939, RGBl I S. 1091, geregelt.

erklären, wenn dem Mieter unter Berücksichtigung der beiderseitigen Verhältnisse die Fortsetzung des Mietverhältnisses zugemutet werden kann. —

Gemäß § 6 des Gesetzes über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft vom selben Tage (RGBl I S. 188) gelten diese Bestimmungen auch bei der Zurücknahme der Zulassung eines Rechtsanwalts.

Ebenso wie im Wohnungsmietrecht so wurde es im Verlauf des Krieges und in den darauffolgenden Jahren auch auf dem Gebiete der Pacht landwirtschaftlich genutzter Grundstücke notwendig, die Gestaltung der Pachtverträge der Parteiwillkür zu entziehen. Der infolge der Demobilmachung gesteigerte Landbedarf und die durch die Geldentwertung notwendig gewordene Pachtpreiserhöhung verlangten dringend solche Maßnahmen[47]. Sie wurden in der Weise getroffen, daß man entsprechend den Mieteinigungsämtern Pachteinigungsämter schuf und diesen weitgehende Vollmachten zur Regelung von Pachtverhältnissen übertrug. Im Gegensatz zu der Organisation der Mieteinigungsämter wurden jedoch in vielen deutschen Ländern von Anfang an[48] und seit dem 1. November 1936 im ganzen Reich[49] die Pachteinigungsämter bei den Amtsgerichten gebildet. Obgleich die Pachteinigungsämter trotz dieser Zusammenlegung mit den Amtsgerichten allgemein nicht als richterliche Behörden angesehen wurden[50], so dürfen wir doch, da die Aufgaben des Pachteinigungsamtes tatsächlich vom Amtsrichter und in II. Instanz vom Landgericht als solchem wahrgenommen wurden, die Gestaltungsrechte des Pachteinigungsamtes als richterliche Gestaltungsbefugnisse ansehen. Denn der Amtsrichter war auch bei Erledigung der Aufgaben des Pachteinigungsamtes, die er, unterstützt von Beisitzern aus dem Kreise der Pächter und Verpächter, vornahm, als unabhängiger, an Weisungen nicht gebundener Richter tätig[51]. In jüngster Zeit sind nun überdies durch die Verordnung zur Vereinheitlichung des Pachtnotrechts vom 30. Juli 1940 (RGBl I S. 1065) an die Stelle der Pachteinigungsämter Pachtämter getreten und die Amtsgerichte als solche zu Pachtämtern bestellt worden. Gleichzeitig ist das Verfahren in Pachtschutzsachen zu einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit erklärt worden. Das Pachtamt entscheidet, wie früher die Pachteinigungsämter, durch einen Amtsrichter als Vorsitzenden und zwei sachverständigen Bei-

[47]) vgl. Mitzschke, Das Pachtschutzrecht im Reich und in Preußen, S. IX.

[48]) so z. B. in Preußen und in Württemberg (vgl. Preußische Pachtschutzordnung vom 3. Juli 1920, GS S. 363 und Württembergische Pachtschutzordnung vom 18. Juli 1922, RegBl S. 285).

[49]) vgl. die Verordnung vom 22. Oktober 1936, RGBl I S. 906.

[50]) vgl. Ponfick-Wenzel, Reichspachtschutz, Anm. 3 zu § 1 und Seuff.Arch. 78, 150.

[51]) vgl. Ponfick-Wenzel aaO.

sitzern. Die Gestaltungsaufgaben des Pachtschutzrechtes sind damit nun auch formell in die Hand der Gerichte gelegt.

Die Pachteinigungsämter wurden, nachdem zunächst den Mieteinigungsämtern auf dem Gebiete der Kleingarten- und Kleinlandpacht Pachtschutzaufgaben übertragen worden waren [52]), auf Grund der Pachtschutzordnung vom 9. Juni 1920 (RGBl S. 1193) eingerichtet. Sie erhielten durch diese Verordnung die Aufgabe, Pachtverträge über landwirtschaftlich genutztes Land [53]) abzuändern, wenn die in den Verträgen vereinbarten Leistungen unter den veränderten allgemeinen wirtschaftlichen Bedingungen nicht mehr gerechtfertigt waren und die Billigkeit [54]) ihre Neufassung formte. Wollten die Pachteinigungsämter im Rahmen dieser Vertragsumgestaltung einen Pachtvertrag in einen Heuerlingsvertrag umwandeln oder umgekehrt, oder wollten sie Bestimmungen eines mit einem Pachtvertrag zusammenhängenden Arbeitsverhältnis beseitigen, so bedurften sie hiezu allerdings der Zustimmung der Beteiligten. Im übrigen hatten sie bei der Neufestsetzung der Leistungen vollkommen freie Hand. Dieses bereits im Jahre 1920, also noch vor der Zeit der schlimmsten Geldentwertung eingeführte richterliche Gestaltungsrecht hat sehr segensreich gewirkt und so gezeigt, von welch großem Vorteil es für das Wirtschaftsleben sein kann, wenn der Richter die Möglichkeit hat, bei einer nicht vorhergesehenen Veränderung der Verhältnisse Verträge an die neuen Umstände anzupassen. Die Pachtschutzordnung hatte den Verpächtern zu einer Zeit, in der auf andern Gebieten noch niemand an einen Ausgleich dachte, diese Anpassung ermöglicht und so auf dem volkswirtschaftlich wichtigen Gebiet der landwirtschaftlichen Pacht die schlimmsten Verwirrungen der Inflation abgewehrt [55]).

Neben diesem wirtschaftlichen Pachtschutz übertrug die Pachtschutzordnung den Pachteinigungsämtern noch die Durchführung eines Kündigungsschutzes für Pachtverträge über landwirtschaftliche Grundstücke bis zu 2,5 ha, später bis zu 10 ha und die damit verbundenen rechtsgestaltenden Entscheidungen. So konnten die Pachteinigungsämter, sofern eine solche Maßnahme bei Abwägung der Interessen beider Teile gerechtfertigt war, anordnen, daß gekündigte, sowie ohne Kündigung ablaufende Verträge bis zur Dauer von zwei Jahren verlängert und daß Verträge vor Ablauf der vereinbarten Zeit aufgehoben werden. Bestimmten sie die Ver-

[52]) vgl. die Kleingarten- und Kleinlandpachtordnung vom 31. Juli 1919, RGBl S. 1371.

[53]) 1922 wurde die Pachtschutzordnung auch auf Jagd- und Fischereipachtverträge ausgedehnt.

[54]) Der Maßstab der Billigkeit ist in dieser Form erst durch die Verordnung vom 13. Februar 1924, RGBl I S. 68 eingeführt worden.

[55]) vgl. Ponfick-Wenzel aaO Einleitung S. 12 ff.

längerung eines Vertrages, so hatten sie zugleich den Pachtzins angemessen neu festzusetzen.

Das Pachtnotrecht — ursprünglich ebenfalls nur als Uebergangsrecht geschaffen, dann aber immer wieder verlängert — hat nach der nationalsozialistischen Machtergreifung eine erhebliche Erweiterung erfahren. Dies hat auch zu einer wesentlichen Vermehrung der richterlichen Gestaltungsaufgaben auf diesem Gebiete geführt. So ist durch das Pächterschutzgesetz vom 22. April 1933 (RGBl I S. 221), sowie vor allem durch das Gesetz über Weitergeltung und Ergänzung des Pachtnotrechts vom 30. September 1937 (RGBl I S. 1051) der Kündigungsschutz erheblich ausgedehnt worden. Auf Grund dieser Gesetze konnte das Pachteinigungsamt gekündigte oder ohne Kündigung ablaufende Pachtverträge ohne Rücksicht auf die Größe der Pachtfläche auf beliebige Zeit verlängern. Vor allem wurde durch das letztgenannte Gesetz die Befugnis des Richters zur Abänderung von Pachtverträgen erweitert und auf eine ganz neue Grundlage gestellt. Die Pachtschutzordnung hatte das Pachteinigungsamt, wie wir gesehen haben, ermächtigt, die in einem Pachtvertrag vereinbarten Leistungen neu festzusetzen, wenn sie infolge veränderter Umstände nicht mehr gerechtfertigt sind und die Billigkeit dies erfordert. Das Gesetz vom 30. September 1937 gab nun daneben dem Pachtrichter das Recht, Bestimmungen eines Pachtvertrags, die einer Steigerung der Erzeugung entgegenstehen, aufzuheben oder abzuändern, wenn dies zur Sicherung der Volksernährung erforderlich ist und der Kreisbauernführer zustimmt. Mit dieser Bestimmung ist die Gestaltung landwirtschaftlicher Pachtverträge vollständig in die Hand des Richters gelegt worden. Er hat als Sachwalter der Gemeinschaft dafür zu sorgen, daß die Pachtverträge so beschaffen sind, daß der Pachtbetrieb den Anforderungen der Erzeugungsschlacht entsprechen kann. Nicht mehr der Ausgleich der beiderseitigen Parteiinteressen, sondern das Gemeinschaftsinteresse ist dem Richter damit zum obersten Ziel bei seiner gestaltenden Arbeit auf dem Gebiete des Pachtrechts gesetzt worden. In Verfolg dieser Aufgabe kann er z. B. den Pachtpreis ermäßigen oder erhöhen, er kann Bestimmungen über die Uebernahme des Inventars nach Ablauf der Pachtzeit und über die Vererblichkeit der Pächterrechte treffen, ja er kann den bestehenden Pachtvertrag in inhaltlicher Beziehung vollständig beseitigen und an seine Stelle etwa den vom Reichsnährstand vorgeschlagenen Musterpachtvertrag [56]) setzen. Nur im Rahmen der einem Pachtvertrag eigenen Bestimmungen muß er sich halten. Er wird nicht so weit gehen dürfen, wie es das Landgericht Münster [57]) getan hat, und den Pächter zu Dienstleistungen zugunsten

[56]) s. hiezu Fitzau, DR 39, 204.
[57]) JW 39, 214.

des Verpächters verpflichten, also den Pachtvertrag in einen Heuerlingsvertrag umwandeln[58]). Mit guten Gründen hat der Gesetzgeber in der Pachtschutzordnung eine solch weittragende Umgestaltung von der Zustimmung der Beteiligten abhängig gemacht. Zusammenfassend wird man wohl feststellen können, daß dieses Abänderungsrecht das umfassendste richterliche Gestaltungsrecht ist, dem wir bisher begegnet sind. Zudem ist die ursprüngliche Einschränkung, daß zur Abänderung des Pachtvertrages die Zustimmung des Kreisbauernführers erforderlich ist, mit der bereits erwähnten Vereinheitlichung des Pachtnotrechts durch die Verordnung vom 30. Juli 1940 ebenfalls noch in Wegfall gekommen.

Durch diese Verordnung, die die letzte, nunmehr in Geltung befindliche Neuregelung des Pachtnotrechts darstellt, sind auch die übrigen Gestaltungsbefugnisse, die die Pachtschutzordnung und die andern oben genannten Gesetze und Verordnungen dem Pachteinigungsamt übertragen hatten, im wesentlichen unverändert auf die jetzigen Pachtämter übergegangen. Bemerkenswert ist, daß nun auch das Recht zur Verlängerung eines Pachtvertrages nicht mehr wie bisher in erster Linie im Interesse des Pächters auszuüben ist, sondern daß eine Verlängerung nur dann angeordnet werden soll, wenn sie zur Sicherung der Volksernährung erforderlich ist.

5.

Ueberblicken wir nun, nachdem wir im Rahmen des Miet- und Pachtnotrechtes bis zur Jetztzeit vorausgeeilt sind, nochmals die Zeit des Weltkrieges und der Nachkriegsjahre, so kann zusammenfassend festgestellt werden, daß dem Richter in dieser Zeit in erheblichem Umfange und auf wichtigen Gebieten Gestaltungsrechte zuerkannt worden sind. Die Not dieser Jahre hat den Gesetzgeber zu dieser Erweiterung der richterlichen Aufgaben gezwungen, obwohl die in Liberalismus und Positivismus liegenden Bedenken gegen einen solchen Schritt noch nicht überwunden waren. Der Gesetzgeber brauchte den Richter aber notwendig als Mittler, der seine zahlreichen Anordnungen, die er zur Regelung der Kriegswirtschaft und zur Angleichung der Rechtsverhältnisse an die veränderten Umstände der Nachkriegszeit erlassen mußte, den einzelnen Fällen anpaßte. Gerade in diesem gegenüber der Vorkriegszeit ungeheuer starken Anwachsen der Gesetzgebung, in ihrem Eindringen in Gebiete, die vordem der ausschließlichen Regelung durch die Privatautonomie überlassen waren, ist ein Haupt-

[58]) ebenso Fitzau aaO.

grund für die Vermehrung der richterlichen Gestaltungsrechte zu sehen. Solange sich der Gesetzgeber zur Regelung der Privatrechtsverhältnisse noch mit wenigen, allgemein gehaltenen Anordnungen begnügt hatte, war es schließlich noch möglich gewesen, dieselben unmittelbar durch Rechtssatz zu treffen.

IV. Vom Ausbruch der Wirtschaftskrise 1930/31 bis zur Gegenwart.

1.

In den nun folgenden Jahren nach der Festsetzung der Währung tritt in der Aufnahme gestaltender Aufgaben in den richterlichen Tätigkeitsbereich ein Stillstand, ja insoweit, als Bestimmungen der Kriegs- und Nachkriegszeit wieder außer Kraft traten, sogar eine gewisse Rückentwicklung ein. Das deutsche Wirtschaftsleben war wieder in ruhigere Bahnen geraten und ging in den Jahren 1927—1929 einer, wenn auch nur scheinbaren, Blüte entgegen. Diese Umstände ermöglichten es, die Gestaltung der privaten Rechtsbeziehungen wieder in stärkerem Maße der Privatinitiative zu überlassen. Wir finden daher in der Gesetzgebung dieser Jahre kaum nennenswerte Beispiele richterlicher Gestaltungsrechte.

Erwähnt sei aus dieser Zeit nur ein Gestaltungsrecht, das mit der bis zum Jahre 1935 geltenden Vergleichsordnung vom 5. Juli 1927 eingeführt worden war. In derselben Weise, wie wir dies beim Zwangsvergleich der Konkursordnung gesehen haben, sah sie im Rahmen der zur Wirksamkeit des Vergleichs erforderlichen gerichtlichen Bestätigung ein beschränktes richterliches Gestaltungsrecht vor. Gemäß § 68 Ziff. 2 VerglO hatte der Richter auf Antrag die Bestätigung zu versagen, wenn der Vergleich dem gemeinsamen Interesse der beteiligten Gläubiger widersprach [1]). — Die heute geltende Vergleichsordnung vom 26. Febr. 1935 hat dieses Mitwirkungsrecht des Richters nur insoweit verändert, als sie ihn bei Vorliegen der genannten Gründe von Amts wegen zur Versagung der Bestätigung verpflichtet (§ 79).

Als jedoch auf die Scheinblüte in den Jahren 1930/31 die große Wirtschaftskrise folgte, da mußte der Gesetzgeber zur Ueberwindung ihrer das ganze Wirtschaftsleben in Mitleidenschaft ziehenden

[1]) Die übrigen in § 68 VerglO aufgeführten Versagungsgründe spielen hier keine Rolle, da sie in ihren Voraussetzungen im Gesetz genau festgelegt sind und somit dem Richter keinen Ermessensraum belassen.

Folgeerscheinungen wieder in verstärktem Maße in die privaten Rechtsbeziehungen, vor allem in Vertragsverhältnisse eingreifen. In zahlreichen Fällen hat er hiezu um die dem einzelnen Falle angemessene Regelung treffen zu können, die Hilfe des Richters in Anspruch genommen und ihm auf vielen Gebieten Gestaltungsrechte übertragen. Die zu diesem Zweck ergangenen Gesetze stammen zu einem großen Teil aus der Zeit nach der nationalsozialistischen Machtergreifung. Sie sind daher für uns besonders beachtenswert, zeigen sie doch, welche Stellung der nationalsozialistische Gesetzgeber zur Frage der Rechtsgestaltung durch den Richter einnimmt.

Mit am stärksten war die Landwirtschaft durch die Krise betroffen worden. Obwohl sie noch am Ende der Inflation trotz ihrer überaus hohen Vorkriegsverschuldung von etwa 17,5 Milliarden beinahe schuldenfrei dagestanden war, hatte ihre gleich nach Abschluß der Inflation wieder neu eingetretene und seitdem durch hohe Zinsen und niedrige Preise ständig wachsende Verschuldung Ende 1931 bereits wieder einen Stand von rund 12 Milliarden erreicht. Bei dem immer weiteren, außergewöhnlichen Rückgang der Preise ihrer Erzeugnisse war die Landwirtschaft nicht mehr in der Lage dem Zinsendienst für diese Schulden nachzukommen. Die Verschuldung wurde immer höher und immer mehr landwirtschaftliche Betriebe mußten zwangsversteigert werden[2]). Um dieser Notlage abzuhelfen, wurde zunächst für die östlichen Gebiete des Reichs, in denen die Not am größten war, mit der Osthilfegesetzgebung eine Um- und Entschuldung der landwirtschaftlichen Betriebe durchgeführt. Die ausserordentlich weitgehenden Eingriffe in die Gläubigerrechte, wie Stundung, Zinsherabsetzung, Erlaß von Zinsrückständen und selbst Herabsetzung der Kapitalforderungen, die die Verordnung des Reichspräsidenten vom 17. November 1931 (RGBl I S. 675) zur Entschuldung vorsah, wurden damals aber nicht den Gerichten, sondern verwaltungsmäßig aufgezogenen Behörden, den Landstellen übertragen. Als Begründung hiefür wurde, wie wir das nun schon öfters gesehen haben, geltend gemacht, daß es sich bei der Ostentschuldung um ein Verfahren handle, „bei dem die Behörde in erster Linie durch wirtschaftliche Zweckmäßigkeitsentschliessungen bestimmte, den Gerichten durchaus wesensfremde Funktionen zu erfüllen habe“[3]).

Nach der nationalsozialistischen Machtergreifung ist, um die Leistungsfähigkeit der deutschen Landwirtschaft wieder voll herzustellen, die Ent-

[2]) Ein Bild der damaligen Lage der Landwirtschaft gibt Jonas in JW 31, 3409; vgl. hiezu ferner Harmening-Pätzold, Die landwirtschaftliche Schuldenregelung, Einleitung S. XXIV und Sering, Deutsche Agrarpolitik, S. 113 ff.

[3]) vgl. Jonas aaO.

schuldung auf das gesamte Reichsgebiet ausgedehnt und zu diesem Zweck das Gesetz zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse vom 1. Juni 1933 (RGBl I S. 331) erlassen worden. Das Schuldenregelungsgesetz will ähnlich wie die Osthilfe die Entschuldung in erster Linie durch Zinsherabsetzung, Umwandlung schwebender Forderungen in unkündbare Tilgungsforderungen und schließlich vor allem durch Herabsetzung der Schulden selbst erreichen. Im Gegensatz zu der Osthilfe wurde jedoch das Entschuldungsverfahren ursprünglich als gerichtliches Verfahren ausgebaut. Neben den zu Entschuldungsgerichten bestellten Amtsgerichten hat das Schuldenregelungsgesetz aber von Anfang an Entschuldungsstellen eingeführt. Diesen Entschuldungsstellen, die in der Regel öffentliche Kreditanstalten sind, hat es die Bestimmung übertragen, welche Entschuldungsmaßnahmen im einzelnen Fall zu treffen sind, und damit die eigentlichen bei der Durchführung der Entschuldung erwachsenden Gestaltungsaufgaben. Die Entschuldungsstellen stellen den Entschuldungsplan auf, wenn die Entschuldung ohne Kapitalkürzung durchführbar ist, oder machen, wenn Kapitalabstriche notwendig werden einen Zwangsvergleichsvorschlag. Dem Entschuldungsgericht war dann nur die Bestätigung vorbehalten, die es hinsichtlich eines Entschuldungsplanes nur verweigern konnte, wenn die gesetzlichen Bestimmungen verletzt waren (§ 20 SchuldRegG), während es bei einem Zwangsvergleich darüber hinaus die Bestätigung auch dann versagen konnte, wenn es den Zwangsvergleich für unbillig hielt (§ 43 SchuldRegG). Daneben hatte das Entschuldungsgericht unter anderem noch die Befugnis, die Tilgungsteilbeträge für die in unkündbare Tilgungsforderungen umgewandelten Forderungen festzusetzen, wenn die Entschuldungsstelle keine gütliche Einigung hierüber zustande bringen konnte (§ 14 Ziff. 3 SchuldRegG). Gemäß § 21 Abs. 4 der 3. DVO zum Schuldenregelungsgesetz vom 15. September 1933 (RGBl I S. 641)[1] konnte es bei Forderungen, bei denen wiederkehrende Leistungen zu erbringen waren, die Jahresleistung angemessen neu festzusetzen. Die Pächterentschuldungsverordnung vom 12. März 1935 (RGBl I S. 360) hatte ferner das Entschuldungsgericht unter bestimmten Umständen ermächtigt, das Pachtverhältnis auf die zur Bereinigung der Schulden erforderliche Dauer zu verlängern und weitere zur Entschuldung notwendige Aenderungen des Pachtvertrages vorzunehmen (Art. 23).

Als es sich jedoch notwendig erwies, sowohl der mitwirkenden staatlichen Behörde eine größere Einwirkungsmöglichkeit auch auf die inhaltliche Durchführung der Entschuldung zu geben, als auch den beteilig-

[1]) in der Fassung des Art. 46 der 6. DVO zum Schuldenregelungsgesetz vom 7. Juli 1934, RGBl I S. 609.

ten Ministerien erweiterte Weisungsmöglichkeiten einzuräumen, sind in der 7. DVO zum Schuldenregelungsgesetz vom 30. April 1935 (RGBl I S. 572) die Aufgaben des Entschuldungsgerichts auf das neu geschaffene Entschuldungsamt übertragen worden (Art. 1). Die Entschuldungsämter sind bei den Amtsgerichten gebildet worden. Ihr Leiter muß ein Richter des Amtsgericht. sein, dem zur Unterstützung zum Richteramt befähigte Beamte beigegeben werden können, die seinen Weisungen unterworfen sind. Nach Art. 5 der 7. DVO ist das Entschuldungsamt an allgemeine Richtlinien gebunden, die der Reichsjustizminister im Einvernehmen mit dem Reichsernährungsminister erläßt. Das Entschuldungsamt hat nun im Gegensatz zum Entschuldungsgericht das Recht erhalten, der Entschuldungsstelle unmittelbar Anweisungen zu geben (Art. 7 der 7. DVO). Es kann vor allem auch auf die Aufstellung des Entschuldungsplanes bzw. des Zwangsvergleichsvorschlages Einfluß nehmen und so zusammen mit der später von ihm vorzunehmenden Bestätigung die Rechtsverhältnisse der Beteiligten umgestalten. In einigen Fällen kann bzw. muß es überdies die Aufgabe der Entschuldungsstelle selbst übernehmen [5]).

Auch in der übrigen Wirtschaft hatte, nachdem Deutschland in den Jahren der Scheinblüte mit ausländischem Kapital geradezu überschwemmt worden war, die allgemeine Verschuldung, insbesondere die Grundstücksbelastung Ausmaße angenommen, die es nicht mehr zuließen, den Kapitalverkehr dem freien Spiel der Kräfte zu überlassen. Der Gesetzgeber war in stärkstem Maße gezwungen, in die privaten Kreditverhältnisse einzugreifen. Zur Durchführung der einzelnen zur Regelung des Kapitalverkehrs getroffenen Maßnahmen betraute er in vielen Fällen den Richter mit Gestaltungsaufgaben.

Die ersten derartigen Schritte erforderte die Regelung der Fälligkeit der Aufwertungshypotheken. Gemäß § 25 AufwG konnte die Zahlung einer Aufwertungshypothek nicht vor dem 1. Januar 1932 verlangt werden. Als nun dieser Termin herannahte, war zu befürchten, daß es, da der Kapitalmarkt nicht in der Lage war, nennenswerte Mittel zur Umschuldung zur Verfügung zu stellen, zu Zusammenbrüchen und Zwangsversteigerungen größten Ausmaßes kommen würde. Um dies zu vermeiden, ermächtigte der Gesetzgeber, der im Interesse der schon lange hingehaltenen Gläubiger kein weiteres allgemeines Moratorium mehr erlassen wollte, in dem Gesetz über die Fälligkeit und Verzinsung [6]) der Aufwertungshypotheken vom 19. Juli 1930 (RGBl I S. 300) die Aufwertungsstellen auf Antrag einem

[5]) so bei der Entschuldung von Kleinbetrieben und Erbhöfen.

[6]) Die Gläubiger sollten vor allem durch eine Erhöhung des Zinssatzes von der Kündigung der Aufwertungshypotheken abgehalten werden (vgl. § 1 d. Ges.).

Schuldner eine einmalige Zahlungsfrist bis längstens 31. Dezember 1934 zu gewähren (§ 6)[7]. Eine solche Zahlungsfrist konnten die Aufwertungsstellen bewilligen, wenn sich der Schuldner die zur Zurückzahlung des Aufwertungsbetrages erforderlichen Mittel nicht verschaffen konnte und der Gläubiger durch eine weitere Verzögerung der Zahlung nicht zu hart betroffen wurde. Die gerichtliche Bewilligung der Zahlungsfrist wirkte gemäß § 12 des Gesetzes so, als ob der Gläubiger den Betrag gestundet hätte. Auf diese Weise war es durch Einschaltung des Richters ganz ähnlich, wie wir das bei der während des Weltkriegs erlassenen Verordnung über die Geltendmachung von Hypotheken, Grund- und Rentenschulden gesehen haben, erreicht worden, daß nur in den Fällen, in denen dies wirklich notwendig war und es dem Gläubiger gegenüber verantwortet werden konnte, eine nochmalige Verzögerung der Zahlung eintrat. Durch § 6 des zweiten Kapitalverkehrsgesetzes vom 20. Dezember 1934 (RGBl I S. 1255) wurde die Aufwertungsstelle später ermächtigt, weitere Zahlungsfristen bis längstens 31. Dezember 1936 zu bewilligen.

Vor Ablauf dieser Frist erging dann die Verordnung zur Regelung der Aufwertungsfälligkeiten vom 21. Dezember 1936 (RGBl I S. 1121). Obwohl infolge der zunehmenden Gesundung der deutschen Wirtschaft die Frage der Rückzahlung nicht mehr ganz so schwer auf den Schuldnern lastete, war es immer noch nicht möglich, die unbeschränkte Kündigung der Aufwertungshypotheken zuzulassen[8]. Um nun aber in den einzelnen Fällen zu einer endgültigen Regelung der Fälligkeit zu gelangen, übertrug die Verordnung dem Richter in umfassender Weise die Neuordnung der betreffenden Rechtsbeziehungen. Hiefür wurde folgender Weg vorgesehen: der Gläubiger kann nach Inkrafttreten der Verordnung unter Einhaltung einer dreimonatlichen Kündigungsfrist das Kapital kündigen, wodurch der Schuldner verpflichtet wird, den Betrag zur Rückzahlung rechtzeitig bereitzustellen. Gelingt ihm dies trotz seiner Anstrengungen auch nicht im Wege der Umschuldung, so hat er dem Gläubiger einen Vorschlag über die endgültige Regelung der Fälligkeiten zu unterbreiten. Erst wenn sich die Parteien über eine solche nicht selbst einigen können, tritt der Richter auf den Plan und gewährt, wie es in der Verordnung heißt, „Vertragshilfe". Diese besteht zunächst darin, daß der Amtsrichter[9] seinerseits versucht eine Einigung unter den Parteien über die Neuordnung herbeizuführen. Kommt jedoch trotz seiner Mitwirkung eine solche nicht zustande, dann regelt der Richter, durch seinen Spruch die

[7]) vgl. Mügel, Kommentar zu den neuen Aufwertungsgesetzen vom 18. Juli 1930, S. 3 ff.

[8]) vgl. Breithaupt JW 37, 284.

[9]) Die bisherige Zuständigkeit der Aufwertungsstellen ist beseitigt worden

Rechtsbeziehungen der Parteien gestaltend, die Fälligkeit des Kapitals. Zu diesem Zweck kann er mit Zustimmung des Gläubigers Abschlags- oder Teilzahlungen festsetzen und Hypotheken in Abzahlungs- oder Tilgungshypotheken umwandeln. Ohne Zustimmung des Gläubigers kann er, sofern dies für jenen keine besondere Härte bedeutet, dem Schuldner für das ganze Kapital oder einen Teilbetrag eine Zahlungsfrist von höchstens einem Jahr bewilligen. Reichen alle diese Maßnahmen zum Schutze des Schuldners nicht aus, so erklärt der Richter die bereits ausgesprochene Kündigung für unwirksam und schließt die ordentliche Kündigung für zwei Jahre aus. Die Anordnungen, die der Richter in dieser Weise im Wege der Vertragshilfe trifft, ersetzen gemäß Art. 17 Abs. 6 die entsprechenden Vereinbarungen der Parteien. — Auf das Verfahren der Vertragshilfe findet das Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit Anwendung.

Im Verlauf der Krise stellte es sich weiter auch als notwendig heraus, die aus der Zeit der Kapitalknappheit nach der Inflation und der Scheinblüte und vor allem infolge der Krise selbst stark überhöhten Zinsen in Anpassung an die veränderte Wirtschaftslage herabzusetzen, um so vor allem die Gestehungskosten der Wirtschaft zu ermäßigen [10]). Diesen Zweck verfolgten die Notverordnungen vom 8. Dezember 1931 (RGBl I S. 699) und vom 27. September 1932 (RGBl I S. 480). Sie ordneten ganz allgemein eine Zinssenkung auf dem Kapitalmarkt auf genau festgelegte Sätze an, ohne auf die besondere Lagerung der einzelnen Fälle Rücksicht zu nehmen. Einer gestaltenden Mitwirkung des Richters bedurften sie daher nicht. Eine solche war auch nicht in den Gesetzen über die Zinsermäßigung bei Kreditanstalten und bei den öffentlichen Anleihen vom 24. Januar und 27. Februar 1935 (RGBl I S. 45 u. S. 286) eingeführt worden, die eine auf dem Grundsatz der freiwilligen vertraglichen Abänderung aufgebaute weitere Zinssenkung auf dem Kapitalmarkt einleiteten. Sie führten im Ergebnis dazu, daß die Hypotheken der Grundkreditanstalten vom 1. Oktober 1935 ab nur noch mit $4^1/_2$% zu verzinsen sind. Da die Sparkassen und Versicherungen dem Beispiel der Grundkreditanstalten folgten und ebenfalls ihre Zinssätze für Hypotheken ermäßigten, war zwischen der Zinshöhe der Hypotheken dieser Anstalten und der der privaten Gläubiger, die die Zinsermäßigung größtenteils nicht mitgemacht hatten und zum Teil noch Zinssätze in Höhe von 8—9 % forderten, ein großer, nicht gerechtfertigter Unterschied entstanden.

[10]) vgl. Schlegelberger, Die Zinssenkung nach der Verordnung des Reichspräsidenten vom 8. Dezember 1931, S. 7 ff.

Zu seiner Ueberbrückung hat nun der Gesetzgeber das Gesetz über Hypothekenzinsen vom 2. Juli 1936 (RGBl I S. 533) erlassen [11]). Das Gesetz, das nur auf langfristige Grundstücksbeleihungen Anwendung findet, will in erster Linie erreichen, daß sich Gläubiger und Schuldner freiwillig auf einen neuen, der Lage des Kapitalmarktes und den Besonderheiten des einzelnen Falles angemessenen Zins einigen. Nur wenn eine solche Einigung nicht gelingt, soll der Richter Vertragshilfe gewähren. Im Rahmen derselben ist es, wie wir dies bereits bei der Vertragshilfe zur Neuregelung der Aufwertungsfälligkeiten gesehen haben, seine vornehmste [12]) Aufgabe die Parteien zu einer Einigung über die Neufestsetzung der Hypothekenzinsen zu veranlassen. Erst wenn dies trotz seiner Hilfe mißlingt, hat er von sich aus die Rechtsbeziehungen der Parteien umzugestalten und den Zinssatz neu festzusetzen. Während das Gesetz selbst über die Höhe des festzusetzenden Zinssatzes nur sagt, daß er der allgemeinen Wirtschaftslage und den besonderen Umständen des Falles angemessen sein soll (§ 1 Abs. 1), gibt die 1. DVO vom 2. Juli 1936 (RGBl I S. 536) dem Richter bindende [13]) Richtlinien, welcher Zinssatz angemessen ist. Der Gesetzgeber hat damit mit Recht dem Richter die Aufgabe der Feststellung des angemessenen Zinses weitgehend abgenommen, die er auf sich allein gestellt nur sehr schwer hätte lösen können. Auch mußte dafür gesorgt werden, daß die Zinsermäßigung überall einheitlich durchgeführt wurde. Dem Richter ist aber in den Richtlinien immerhin noch genügend Raum zur Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles gelassen worden. Die Notwendigkeit zur Wahrung der Einheitlichkeit der Durchführung des Gesetzes Richtlinien zu erlassen, zeigt deutlich eine Grenze, die der Ueberantwortung derartiger allgemein volkswirtschaftlicher Aufgaben an den Richter gezogen ist. — Zuständig für das Vertragshilfeverfahren ist das Amtsgericht. Auf das Verfahren selbst findet das Gesetz über Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung.

Die allgemeine große Verschuldung und die infolge der schlechten Lage des Kapitalmarktes bestehende Unmöglichkeit für einen Schuldner, im Falle einer Kündigung des Gläubigers sich Mittel zur Umschuldung zu verschaffen, machte über den Kreis der Aufwertungshypotheken hinaus eine wesentliche Einschränkung der Rechte der Hypotheken und Grund-

[11]) vgl. die amtliche Erläuterung des Gesetzes, abgedruckt in DJ 36, 1033.

[12]) In einer in der Deutschen Justiz 36, 1071 abgedruckten Allgemeinverfügung des Reichsjustizministers vom 10. Juli 1936 wird der Richter besonders darauf hingewiesen, daß es im Sinne des Gesetzes liegt, wenn er der Herbeiführung einer gütlichen Einigung seine besondere Aufmerksamkeit schenkt.

[13]) vgl. die amtliche Erläuterung des Gesetzes aaO und Breithaupt JW 36, 2021.

schuldgläubiger auf Rückzahlung ihres Kapitals erforderlich. Eine derartige Regelung der Fälligkeiten der Hypothekenschulden wurde besonders dringlich, als nach den eben erwähnten Zinssenkungsmaßnamen die Gefahr bestand, daß die Gläubiger der zinsgesenkten Forderungen versuchen würden diese zu kündigen, um eine besser verzinsliche Anlage für ihr Kapital suchen zu können. Die Notverordnung vom 8. Dezember 1931 erließ deswegen neben der Zinssenkung ein Kündigungsverbot für die zinsgesenkten Forderungen bis zum 31. Dezember 1933. In gleicher Weise nahm die Verordnung vom 27. September 1932 den Gläubigern landwirtschaftlichen Realkredits das Recht, die Rückzahlung ihrer Hypotheken vor dem 1. April 1935 zu verlangen. Durch die Verordnung vom 11. November 1932 (RGBl I S. 525) wurde schließlich für die Hypotheken und Grundschulden auf städtischen Grundstücken, die durch die Notverordnung vom 8. Dezember 1931 nicht erfaßt worden waren, ein Moratorium bis zum 1. April 1934 angeordnet. Nach der Machtübernahme mußten die Fälligkeiten wiederholt weiter hinausgeschoben werden, da sich erst allmählich neues Sparkapital bildete und dieses in erster Linie für staatliche Aufgaben herangezogen werden mußte [14]). Die Verlängerung erfolgte durch die drei Kapitalverkehrsgesetze [15]), sowie durch die landwirtschaftlichen Zinsgesetze vom 28. September 1934 (RGBl I S. 860) und vom 31. Juli 1935 (RGBl I S. 1057). Zuletzt wurde das Kündigungsverbot der Notverordnung vom 8. Dezember 1931 bis zum 31. Dezember 1938 und unter bestimmten Umständen bis zum 31. Dezember 1939, das Moratorium für Hypotheken auf städtischen Grundstücken bis zum 30. Juni 1939 und das für den landwirtschaftlichen Realkredit bis zum 1. April 1940 ausgedehnt.

Während nun die Notverordnungen vom 8. Dezember 1931 und 27. September 1932 das Recht des Gläubigers, Rückzahlung seines Kapitals zu verlangen, ausnahmslos ausgeschlossen hatten und daher auch auf eine Mitwirkung des Richters verzichten konnten, haben bereits die Notverordnung vom 11. Januar 1932 und dann später die Kapitalverkehrsgesetze, sowie das Gesetz über die Zinsen für den landwirtschaftlichen Kredit vom 31. Juli 1935 das Amtsgericht ermächtigt, den Gläubiger auf seinen Antrag von der Stillhaltepflicht freizustellen, wenn dies nach Lage des Falles angebracht ist [16]). Um ein beschränktes Zahlungsvermögen

---

[14]) vgl. die amtliche Begründung des Gesetzes über die Fälligkeit alter Hypotheken: abgedruckt in DJ Amtliche Sonderveröffentlichung Nr. 18 S. 22.

[15]) 1. KapVerkG vom 20. Dezember 1933, RGBl I S. 1092;
2. KapVerkG vom 20. Dezember 1934, RGBl I S. 1255;
3. KapVerkG vom 13. Dezember 1935, RGBl I S. 1467.

[16]) Nach dem 3. Kapitalverkehrsgesetz sollte im Gegensatz zu den früheren Bestimmungen bei der Entscheidung über den Freistellungsantrag nur noch

eines Schuldners auszunützen, hat das 3. Kapitalverkehrsgesetz den Richter auch noch ermächtigt, dem Schuldner eine höchstens einjährige Zahlungsfrist zu bewilligen und ihm mit Zustimmung des Gläubigers Teilzahlungen einzuräumen oder Hypotheken in Tilgungshypotheken umzuwandeln.

Als im Dezember 1938 teilweise der Ablauf des Kündigungsverbots der Notverordnung vom 8. Dezember 1931 heranmahte, hat sich der Gesetzgeber entschlossen, von einer weiteren Verlängerung der gesetzlichen Stundung abzusehen und jeweils nach Ablauf der einzelnen Moratorien die freie Kündbarkeit des betreffenden Realkredits wieder eintreten zu lassen. Die durch die Stundungen aufgestauten Kapitalmengen von etwa 30—35 Milliarden mußten im Interesse der Wirtschaft für neue Aufgaben freigemacht werden und die immer weiter fortgeschrittene Gesundung der Wirtschaft erlaubte es auch, den Schuldnern die Abtragung ihrer alten Verbindlichkeiten zuzumuten.

Ganz konnte auf einen Schuldnerschutz aber auch jetzt noch nicht verzichtet werden. Die Durchführung dieses Schutzes ist, nachdem sich in der Zwischenzeit dieses Verfahren bei den Aufwertungshypotheken bereits bewährt hatte, durch die Verordnung zur Regelung der Fälligkeiten alter Hypotheken vom 22. Dezember 1938 (RGBl I S. 1095) vollständig in die Hand des Richters und in sein Ermessen gelegt worden. Das Gesetz, das im Altreich für alle vor dem 30. Januar 1933 entstandenen Hypotheken und Grundschulden gilt, gibt dem Gläubiger, dem persönlichen Schuldner und dem Eigentümer des belasteten Grundstückes das Recht, im Falle einer Kündigung durch den Gläubiger die richterliche Vertragshilfe zur Neuordnung der Fälligkeit in Anspruch zu nehmen. Im Rahmen dieser Vertragshilfe kann der Richter, wenn er eine gütliche Vereinbarung nicht herbeiführen kann, in derselben Weise, wie dies in der Verordnung über die Regelung der Aufwertungsfälligkeiten bestimmt ist, die Fälligkeit der bisher gekündigten Hypothek neu festzusetzen. Damit ist den Gerichten die Aufgabe zuteil geworden, durch Prüfung des einzelnen Falles dafür zu sorgen, daß die Auflockerung der Kündigungssperre so durchgeführt wird, daß sie im Einzelfalle keine unerwünschten Folgen hat. Bereits bis zum 1. Oktober 1939, also zu einer Zeit, zu der erst ein Teil der gesetzlichen Moratorien abgelaufen war, waren bei den Gerichten 8084 Anträge auf eine solche Vertragshilfe gestellt worden, die sich zusammen auf Kapitalbeträge von über 100 Millionen Reichsmark be-

---

die Verhältnisse des Schuldners berücksichtigt werden und die Freistellung nicht mehr von dem Bedürfnis des Gläubigers abhängig gemacht werden.

ziehen[17]). Neben der Neufestsetzung der Fälligkeit sieht die Verordnung noch die richterliche Anordnung der Verzinsung einer bisher unverzinslichen Forderung vor, die der Schuldner nicht alsbald bezahlen kann. —

In verfahrensrechtlicher Beziehung enthält die Verordnung zwei bemerkenswerte Neuerungen gegenüber den bisher besprochenen Vertragshilfeverfahren. Einmal ist in § 19 vorgesehen, daß die Entscheidung des Richters bei einer grundlegenden Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse abgeändert werden kann und zum andern hat die Verordnung im Verfahren der weiteren Beschwerde der Staatsanwaltschaft das Recht zur Mitwirkung und Antragstellung eingeräumt.

Ein weiteres, sehr bedeutungsvolles Vertragshilfeverfahren ist durch das Gesetz zur Bereinigung alter Schulden vom 17. August 1938 (RGBl I S. 1033) eingeführt worden[18]). Auch seine Aufgabe besteht in der Beseitigung der Folgen der vor der Machtübernahme in Deutschland herrschenden politischen und wirtschaftlichen Notzeit. Das Gesetz will dem Volksgenossen helfen, die infolge der Krise oder wegen ihres Einsatzes für den Kampf der Bewegung wirtschaftlich zusammengebrochen sind und will verhindern, daß sie durch alte, noch nicht getilgte Schulden aus dieser Zeit dauernd im Aufbau einer neuen Lebensstellung gehemmt werden. Es sieht deswegen eine Bereinigung ihrer sämtlichen alten[19]) Geldschulden, d. h. deren Anpassung an die jetzige Leistungsfähigkeit der Schuldner vor. Diese soll aber nicht durch Einsatz öffentlicher Mittel, sondern durch eine gütliche Einigung zwischen einem solchen Schuldner und seinen Gläubigern über eine entsprechende Neuordnung ihrer Rechtsbeziehungen erreicht werden. Hiebei sollen, wie es in § 6 des Gesetzes (n. F.) heißt, „die Rücksichten walten, die die Glieder einer Volksgemeinschaft einander schuldig sind". Gelingt jedoch eine solche gütliche Schuldenbereinigung nicht, dann können die Beteiligten die Vertragshilfe des Richters anfordern, der nun seinerseits auch in diesem Verfahren zunächst versuchen soll, eine gütliche Einigung herbeizuführen. Mißlingt dies „so gestaltet er durch seine Entscheidung", die die entsprechenden Parteivereinbarungen ersetzt, „die Rechtsbeziehungen der Beteiligten" (§ 7 Abs. 1 n. F.). Damit ist dem Richter zur Bereinigung der alten Schulden eine umfassende, nahezu unbegrenzte Gestaltungsvollmacht erteilt worden. In

[17]) vgl. die vom Reichsjustizministerium nach dem Stand vom 1. Oktober 1939 angefertigte Uebersicht über die auf Grund der Verordnung zur Regelung der Fälligkeit alter Hypotheken gestellten Anträge; abgedruckt in DJ 40, 423.

[18]) neu gefaßt durch Bekanntmachung vom 3. September 1940, RGBl I S. 1209.

[19]) Darüber, was das Gesetz im einzelnen unter „alten Schulden" versteht und unter welchen näheren Voraussetzungen die Bereinigung durchgeführt werden kann, vgl. die §§ 1—5, 6 Abs. 3 (n. F.).

größtem Umfange kann er zur Erreichung des genannten Zweckes die Rechtsbeziehungen der Beteiligten einer Neuordnung unterziehen. So kann er z. B., wie das Gesetz im einzelnen aufführt (§ 7 n. F.), den Zins regeln, Stundung gewähren, Teilzahlungen festsetzen und selbst die Schulden herabsetzen: solche Schulden, die der Schuldner innerhalb von zehn Jahren nicht abtragen kann, soll ihm der Richter sogar ganz erlassen. Der Richter kann ferner Vereinbarungen, die über die Tilgung oder nachträgliche Sicherung getroffen worden sind, abändern und kann in besonderen Fällen selbst im Rechte gegen Dritte, die dem Gläubiger eine Sicherung gegeben haben oder aus irgend einem Grunde Mitschuldner sind, ändernd eingreifen (§ 8 n. F.)[20]. Auch außerhalb eines Schuldbereinigungsverfahrens kann der Richter eine alte Forderung insoweit für erloschen erklären, als deren Inhaber ein Grundstück oder ein Schiff des Schuldners in der Zwangsversteigerung erworben und bei der Weiterveräußerung einen Gewinn erzielt hat. — Zuständig für das Vertragshilfeverfahren zur Schuldenbereinigung ist das Amtsgericht, das wie in den vorgenannten Vertragshilfefällen seine Entscheidung in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit trifft. Wie wir dies bereits bei der Verordnung zur Regelung der Hypothekenfälligkeiten gesehen haben, so ist auch hier unter bestimmten Voraussetzungen eine Aenderung der Entscheidung (§ 20 n. F.) sowie eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei der Entscheidung über die weitere Beschwerde vorgesehen (§ 19 n. F.).

In ganz ähnlicher Weise ist dem Richter im Zusammenhang mit den durch die Verordnungen vom 22. Februar[21] und 16. März 1939[22] angeordneten Maßnahmen zur Durchführung des Vierjahresplanes auf dem Gebiete des Handwerks und des Einzelhandels die Abwicklung von Schulden übertragen worden[23]. Diese Verordnungen sehen die Auflösung von Handwerks- und Einzelhandelsbetrieben vor, die volkswirtschaftlich nicht mehr gerechtfertigt sind oder deren Inhaber nicht die persönlichen und fachlichen Voraussetzungen für einen derartigen Betrieb erfüllen. Es sollen dadurch einsatzfähige Arbeitskräfte, die bisher nicht voll ausgenützt waren, für Vierjahresplan und Wehrhaftmachung gewonnen werden[24]. Um nun denjenigen, denen auf diese Weise ihre bisherige Tätigkeit ge-

[20]) betr. der besonderen Behandlung von Grundstückspfandrechten im Schuldenbereinigungsverfahren, vgl. § 9 n. F.

[21]) VO zur Durchführung des Vierjahresplans auf dem Gebiete der Handwerkswirtschaft, RGBl I S. 327.

[22]) VO zur Beseitigung der Uebersetzung im Einzelhandel, RGBl I S. 498.

[23]) Schuldenbereinigung im Wege der richterlichen Vertragshilfe ist, wie hier an dieser Stelle bemerkt sei, durch VO vom 2. April 1940 (RGBl I S. 578) auch zugunsten der Gaststätten- und Beherbergungsbetriebe in den sudetendeutschen Badeorten eingeführt worden.

[24]) vgl. Götze DJ 39, 451.

nommen wird, den Aufbau einer neuen Lebensstellung möglichst zu erleichtern, ist in den zu den beiden Verordnungen ergangenen Durchführungsverordnungen [25]) im Rahmen der Abwicklung der aufgehobenen Betriebe ein gerichtliches Schuldenbereinigungsverfahren eingeführt worden. Der zur Durchführung der Abwicklung des Betriebs bestellte Abwickler soll versuchen unter Einsatz der Abwicklungsmasse eine gütliche Vereinbarung über die Regelung der Schulden herbeizuführen. Wenn dies mißlingt, so hat der Abwickler die Vertragshilfe des Richters in Anspruch zu nehmen. Gelingt auch diesem die gütliche Einigung nicht, „so hat er durch seine Entscheidung die Rechtsbeziehungen der Parteien so zu regeln, daß unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der sozialen Bedeutung der Forderung, der Bedürftigkeit des Gläubigers und der vorhandenen Mittel ein zweckmäßiges und gerechtes Ergebnis erzielt wird“ [26]). Hiebei sollen die aus dem bisherigen Geschäftsbetrieb herrührenden Schulden, die nicht aus der Abwicklungsmasse getilgt werden können, erlassen werden, während durch Stundung und Anordnung von Teilzahlungen eine Regelung der übrigen Schulden herbeigeführt werden soll. Bei Vorliegen besonderer Umstände können jedoch auch diese Forderungen herabgesetzt oder erlassen werden. Im übrigen gilt für dieses Vertragshilfeverfahren im wesentlichen das bereits zum Schuldenbereinigungsgesetz Ausgeführte.

Der bisherige Ueberblick über die gesetzlichen Bestimmungen, die (abgesehen von dem zuletztgenannten Vertragshilfeverfahren) zur Ueberwindung der Notzeit und ihrer Folgen die Richtermacht erweitert, und den Richter zur aktiven Mitgestaltung des Rechtslebens vor allem zum Ausgleich widerstreitender Parteiinteressen aufgerufen haben, gäbe nur ein unvollständiges Bild, wenn nicht zum Abschluß noch kurz die Veränderung der Aufgaben des Vollstreckungsrichters Erwähnung finden würde. Die ZPO hatte den Vollstreckungsrichter genau wie den erkennenden Richter im wesentlichen auf die formelle Leitung des Vollstreckungsverfahrens beschränkt und ihm im übrigen keinen maßgeblichen Einfluß auf dessen Durchführung eingeräumt. Da ihr Vollstreckungsrecht alle Forderungen gleich behandelte und daher keine Abwägung der Gläubiger- und Schuldnerinteressen zuließ und kaum einen Schuldnerschutz kannte, konnte es auch einer weitergehenden Mitwirkung des Richters entraten. Dieser Rechtszustand, der vielleicht früher in Jahren wirtschaftlicher Blüte tragbar gewesen sein mag, mußte in einer Zeit, in der ein jeder unverschuldet

[25]) vom 22. Februar und vom 16. März 1939, RGBl I S. 328 und 499.

[26]) § 13 der 1. DVO zur Handwerksverordnung und § 10 der 1. DVO zur Einzelhandelsverordnung.

infolge der wirtschaftlichen Notlage, insbesondere durch Arbeitslosigkeit in Schulden geraten konnte, notgedrungen eine Aenderung erfahren. Diese wurde dann auch durch die schon mehrfach erwähnte Notverordnung vom 8. Dezember 1931 eingeleitet. Ihre Vollstreckungsschutzvorschriften sind im wesentlichen unverändert in die Zwangsvollstreckungsverordnung vom 26. Mai 1933 (RGBl I S. 302)[27] übernommen worden. Durch diese Verordnung sowie durch das Vollstreckungsmißbrauchgesetz vom 13. Dezember 1934 (RGBl I S. 1234) hat unser Vollstreckungsrecht und vor allem auch die Tätigkeit des Vollstreckungsrichters ein ganz neues Gesicht bekommen[28]. Der Satz, daß jede Forderung in der Vollstreckungsinstanz die gleiche Behandlung erfahren müsse, ist aufgegeben. Der Vollstreckungsrichter wertet die Forderungen, wiegt Schuldner- und Gläubigerinteressen gegeneinander ab und gestaltet je nach dem die Durchführung der Zwangsvollstreckung. So ist z. B. in § 5 ZwVollstrVO das Gericht angewiesen, die Zwangsversteigerung eines Grundstückes auf die Dauer von längstens 6 Monaten[29], einstweilen einzustellen, wenn der Schuldner infolge der wirtschaftlichen Lage in Not geraten ist und die Einstellung dem Gläubiger keinen zu großen Nachteil bringt. In ganz ähnlicher Weise gibt § 19 ZwVollstrVO dem Richter die Möglichkeit, dem Schuldner bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in bewegliche Sachen Schutz zu gewähren. Der Richter kann hier, wenn dies sowohl nach der Lage des Schuldners, wie der des Gläubigers gerechtfertigt ist, unter Anordnung von Zahlungsfristen[30], die Verwertung der Pfandstücke zeitweilig aussetzen. Das Vollstreckungsmißbrauchgesetz schließlich hat als eine Art Generalklausel des Vollstreckungsschutzes das Gericht ermächtigt, Maßnahmen der Vollstreckung schlechthin aufzuheben, zu untersagen oder zeitweilig auszusetzen, wenn sich nach Lage des Falles das Vorgehen des Gläubigers als eine gesundem Volksempfinden widersprechende Härte darstellt.

Mit dem Vollstreckungsschutz hat so der Richter, wie die angeführten Vorschriften zeigen, Mittel in die Hand bekommen, der Forderung der Gemeinschaft auf eine billige Rücksichtnahme der einzelnen Volksgenossen

---

[27]) abgeändert durch die Gesetze vom 22. März 1934, RGBl I S. 231 und vom 24. Oktober 1934, RGBl I S. 1070.

[28]) Daneben sind noch verschiedene Sondervorschriften vor allem für den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz ergangen; vgl. im einzelnen Jonas-Pohle, Das Zwangsvollstreckungsnotrecht.

[29]) unter bestimmten Voraussetzungen ist gemäß § 7 ZwVollstrVO eine wiederholte Einstellung zulässig.

[30]) Der Entwurf einer ZPO von 1931 hat, wie hier mitgeteilt sei, in seinem § 952 ganz allgemein das Vollstreckungsgericht ermächtigt, einem zahlungswilligen Schuldner Zahlungsfristen zu gewähren, um dadurch den Verfall seiner Wirtschaftskraft hintanzuhalten.

untereinander innerhalb der einzelnen Rechtsbeziehungen Geltung zu verschaffen. Indem er in dieser Weise für einen gerechten Ausgleich sorgt, wirkt er aber, wenn auch nur über den Umweg einer Gestaltung der prozessualen Rechtslage, in stärkstem Maße auf die materielle Rechtsstellung von Gläubiger und Schuldner selbst ein. So hat doch z. B. die vorübergehende Aussetzung der Verwertung einer zur Beitreibung einer Geldforderung gepfändeten Sache für den Gläubiger praktisch die gleiche Wirkung, wie wenn der Richter dem Schuldner Stundung gewährt und damit das Gläubigerrecht unmittelbar verändert. Die Erweiterung der Befugnisse des Vollstreckungsrichters muß deswegen im Rahmen der behandelten Entwicklung als eine bedeutungsvolle Uebertragung von Rechtsgestaltungsaufgaben an den Richter angesehen werden. Und dies umsomehr, als das Vollstreckungsschutzrecht ursprünglich nur als vorübergehendes Notrecht geplant, immer mehr zu einem dauernden Bestandteil der nationalsozialistischen Rechtsordnung wird.

2.

Neben den bisher in diesem Abschnitt genannten Rechtsgestaltungsaufgaben, die fast durchweg aus der Notwendigkeit heraus entstanden sind, Rechtsbeziehungen, die infolge der Krise in Unordnung geraten sind, der neuen Lage anzugleichen, hat der nationalsozialistische Gesetzgeber in diesen Jahren auch sonst den Richter als Gestalter privater Rechtsbeziehungen in Anspruch genommen.

Zu nennen ist hier insbesondere das Erbhofrecht. Um das deutsche Bauerntum gesund zu erhalten, hat es die Gestaltung der rechtlichen Schicksale des Bauernhofes dem Bauern weitgehend entzogen und den Hof zum unveräußerlichen, unbelastbaren Eigentum der Sippe erklärt. Soweit nun die auf den Hof bezüglichen Rechtsbeziehungen nicht unmittelbar durch gesetzliche Vorschrift geregelt werden konnten, ist in vielen Fällen dem Anerbengericht, einem Sondergericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit [31]), die Sorge dafür übertragen, daß diese Rechtsbeziehungen in einer den Zielen der Erbhofgesetzgebung gerecht werdenden Weise, gestaltet werden.

Verschiedene derartige Aufgaben sind dem Anerbengericht zur Reglung einiger mit dem Erbfall eintretender Fragen übertragen worden. Gemäß §§ 30, 31 REG stehen den Abkömmlingen und dem Ehegatten eines verstorbenen Bauern unter bestimmten Voraussetzungen Ansprüche

[31]) vgl. Stoll, Deutsches Bauernrecht, S. 24 und Blomeyer, Deutsches Bauernrecht, S. 173.

auf Unterhalt, Berufsausbildung, Ausstattung und Heimatzuflucht gegen den Anerben zu. Entstehen nun über diese Ansprüche Streitigkeiten, so trifft gemäß § 32 REG das Anerbengericht die erforderliche Regelung unter billiger Berücksichtigung der Verhältnisse der Beteiligten und der Leistungsfähigkeit des Hofes. Die Befugnisse, die dem Anerbengericht damit übertragen sind, beschränken sich also nicht nur auf die Feststellung, ob den weichenden Erben die geltend gemachten Rechte zustehen. Das Anerbengericht trifft vielmehr darüber hinaus selbst die erforderliche Regelung und gestaltet so im Rahmen dieser Vorschriften das zwischen Anerben und weichenden Erben bestehende Rechtsverhältnis [32]) [33]). Ganz entsprechend gibt § 36 EHRV dem Anerbengericht das Recht, auch vertragliche Ansprüche eines Altbauern oder seiner Familienangehörigen gegen den Bauern abzuändern, wenn dies der Billigkeit entspricht. — Erklärt ein Anerbe, der bereits einen Erbhof hat, daß er einen ihm angefallenen Erbhof übernehme, so bestimmt das Anerbengericht in welcher Höhe der Nächstberufene, der dann den Hof des Anerben erhält, den letzteren von den Nachlaßverbindlichkeiten sowie von den mit dem übertragenen Hof zusammenhängenden persönlichen Verbindlichkeiten zu befreien hat (§ 22 Abs. 4 und 5 REG). — Ein sehr beachtenswertes richterliches Gestaltungsrecht enthalten auch die §§ 70 ff EHVfO. Sie ermächtigen das Anerbengericht, wenn es zwischen geschiedenen Ehegatten eine gütliche Auseinandersetzung hinsichtlich ihres Ehegattenerbhofes nicht zustande bringen kann, die Auseinandersetzung nach seinem Ermessen anzuordnen. Hier begegnen wir in einem Einzelfall in der neueren Gesetzgebung erstmals wieder der im gemeinen Recht allgemein bestehenden und heute wieder für den Richter geforderten Befugnis, die Auseinandersetzung eines gemeinschaftlichen Gutes durch gestaltenden Richterspruch vornehmen zu können.

Dem Anerbengericht ist aber vor allem auch ein Mitwirkungsrecht beim Abschluß von Rechtsgeschäften des Bauern über den Erbhof und seine Teile übertragen worden, um dadurch zu verhindern, daß durch rechtsgeschäftliche Maßnahmen das Ziel des Reichserbhofgesetzes vereitelt wird. In § 37 Abs. 2 REG, § 33 EHRV ist deshalb die Wirksamkeit einer Verpflichtung zu einer Veräußerung oder Belastung des Erbhofes und seines Zubehörs, sowie die betreffende Verfügung selbst grundsätzlich von einer in das Ermessen des Anerbengerichts gestellten Genehmigung abhängig gemacht worden. Vor der Genehmigung ist das abgeschlossene Ge-

[32]) vgl. Stoll, Deutsches Bauernrecht, S. 31 und Vogels, Reichserbhofgesetz, Anm. 5 zu § 32 REG.

[33]) vgl. hiezu auch die Bestimmung des § 24 Abs. 6 EHRV.

schäft schwebend unwirksam[34]), der Genehmigung des Anerbengerichts kommt also rechtserzeugende Kraft zu. Wenn nun auch das Anerbengericht den Vertrag inhaltlich nicht abändern darf[35]), so hängt doch, da das Gericht die Erteilung der Genehmigung versagen kann, wenn das Geschäft nicht den im Interesse des Erbhofes zu stellenden Anforderungen entspricht, die Rechtswirksamkeit von seiner nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffenden Entscheidung ab. Dem Anerbengericht ist also auch hier mit dem Recht zur Genehmigung eines Rechtsgeschäftes eine echte Gestaltungsbefugnis erteilt worden. Daneben kann es, allerdings ohne unmittelbar gestaltende Wirkung, durch Auflagen bzw. durch Erteilung der Genehmigung unter einer aufschiebenden Bedingung maßgeblichen Einfluß auf das Belastungs- oder Veräußerungsgeschäft nehmen[36]). In gleicher Weise ist in § 30 EHRV eine länger als ein Jahr dauernd ganz oder teilweise Verpachtung des Erbhofes von der anerbengerichtlichen Genehmigung abhängig gemacht worden. — Auch eine von der gesetzlichen Anerbenordnung abweichende Bestimmung des Anerben durch den Bauern bedarf in einigen Fällen, um wirksam zu sein, der Zustimmung des Anerbengerichts[37]). Damit ist dem Anerbengericht selbst auf die inhaltliche Gestaltung letztwilliger Verfügungen eine Einwirkungsmöglichkeit gegeben worden.

Weittragende Gestaltungsbefugnisse, die bis zur Entziehung des Eigentums an den Erbhof gehen können, sind dem Anerbengericht auch zur Ueberwachung der bäuerlichen Standeszucht übertragen worden[38]). Allerdings ist bei ihrer Ausübung der von den Anerbengerichten in erster Linie verfolgte Zweck der, den Bauer zu maßregeln, ihn eventuell aus der bäuerlichen Gemeinschaft auszuschließen, und nicht der, Rechtsverhältnisse umzugestalten[39]). Letzteres ist mehr eine Folge der notwendig gewordenen Maßregelung des Bauern.

Die ganz entsprechenden Befugnisse, wie sie den Anerbengerichten zur Wahrung der bäuerlichen Standeszucht übertragen worden sind, sind den Amtsgerichten im Zuge des Vierjahresplanes zur Sicherung der Landbewirtschaftung durch die Verordnung vom 23. März 1937 (RGBl I S. 422) und die zu dieser Verordnung ergangene Durchführungsverordnung vom 22. April 1937 (RGBl I S. 535) gegenüber den sonstigen Nutzungsberechtigten landwirtschaftlichen Bodens eingeräumt worden. Wenn eine Auf-

[34]) vgl. Vogels aaO Anm. 180 zu § 37 REG.
[35]) vgl. Vogels aaO Anm. 93 zu § 37 REG und RG in JW 36, 3229.
[36]) vgl. Stoll aaO S. 58 und Blomeyer aaO S. 153.
[37]) vgl. § 25 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 3 und 4 Satz 2 REG; § 24 Abs. 3 und § 47 Abs. 2 EHRV.
[38]) s. im einzelnen § 15 REG und §§ 73 ff EHVfO.
[39]) vgl. Wieacker aaO S. 5.

forderung zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung, die Anordnung der Wirtschaftsüberwachung oder der treuhänderischen Verwaltung eine zufriedenstellende Bebauung nicht gewährleisten können, kann das Amtsgericht auf Antrag des Landesbauernführers den Nutzungsberechtigten zum Abschluß eines Pachtvertrages verpflichten. Kommt dieser dem Kontrahierungszwang nicht nach, so kann das Amtsgericht überdies den Pachtvertrag selbst festsetzen. Der festgesetzte Vertragsinhalt gilt als zwischen den Parteien vereinbart. Ist der Nutzungsberechtigte selbst Pächter, so kann das Amtsgericht den Pachtvertrag abändern oder das Pachtverhältnis auflösen. — Das Verfahren, in dem das Amtsgericht diese Anordnungen trifft, richtet sich nach dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Von der Aufforderung zur ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung abgesehen, hat der Amtsrichter zu den genannten Entscheidungen zwei sachverständige Beisitzer heranzuziehen. — Wie bei den neuen Pachtschutzvorschriften so ist also auch hier der Richter berufen worden, Rechtsverhältnisse über landwirtschaftliche Grundstücke so zu gestalten, daß eine größtmögliche Erzeugung gewährleistet wird.

Im Zusammenhang mit diesen Bestimmungen, die dem Richter zur Sicherung der Volksernährung Gestaltungsrecht gegeben haben, ist noch eine bedeutsame Gestaltungsbefugnis zu erwähnen, die den Gerichten zur Auflösung von Samtfideikommissen zuerkannt worden ist[40]). Um die Auflösung der großen Fideikommissgüter herbeizuführen und an ihrer Stelle neue Erbhöfe schaffen zu können, ist durch das Gesetz über das Erlöschen der Fideikommisse und sonstiger gebundener Vermögen vom 6. Juli 1938 (RGBl I S. 825) die fideikommissarische Vermögensbildung aufgehoben worden. Bei den Samtfideikommissen, bei denen sich das Fideikommißvermögen im Besitze mehrerer Personen befindet, mußte aber zur Erreichung dieses Zweckes auch das Gemeinschaftsverhältnis unter den Mitbesitzern einer Auflösung zugeführt werden[41]). In § 1 der DVO zum Fideikommißauflösungsgesetz vom 20. März 1939 (RGBl I S. 509) ist deshalb den Mitbesitzern die Rechtsstellung von Miterben und damit das Recht gegeben gegeben worden, die Auflösung der Gemeinschaft zu verlangen (vgl. § 2042 BGB). Können sich die Beteiligten im Falle eines solchen Verlangens über die Auseinandersetzung nicht einigen, so sind sie nicht auf eine Aus-

[40]) Auch sonst ist der Richter maßgeblich an der Auflösung der Fideikommisse beteiligt und hiezu mit Gestaltungsrechten ausgerüstet worden. Im einzelnen sollen sie jedoch hier nicht behandelt werden, da ihnen keine besondere allgemeine Bedeutung zukommt; vgl. insbes. die §§ 3, 5, 6, 7, 24 Abs. 1 des Gesetzes über das Erlöschen der Familienfideikommisse und §§ 3, 4 Abs. 3, 5, 6, 7, 14 Abs. 2 und 3, 36 und 87 der DVO zum Fideikommissauflösungsgesetz.

[41]) vgl. Köhler DJ 1939, 584.

einandersetzungsklage und in ihrer Folge auf die zwangsweise Veräußerung des Vermögens angewiesen. Auf Antrag eines Beteiligten wird vielmehr in einem solchen Falle die Auseinandersetzung vom Fideikommißgericht [42]) geregelt. Dieses ist hiebei weder an Vereinbarungen der Beteiligten noch an Teilungsanordnungen und frühere Entscheidungen gebunden. Es kann z. B. Anteilsrechte in Geld abfinden und dadurch die Uebertragung bisher gemeinschaftlicher Güter in das Alleineigentum eines Beteiligten und damit die Entstehung eines Erbhofes erreichen. — Das Verfahren, in dem das Gericht die Teilung vornimmt, richtet sich grundsätzlich nach dem freiwilligen Gerichtsbarkeitsgesetz. — Wiederum begegnen wir damit in der neueren Gesetzgebung einem Fall, in dem die Teilung eines Gemeinschaftsvermögens, um eine unzweckmäßige Veräusserung zu vermeiden, in des Ermessen des Richters gestellt worden ist.

3.

Die Veränderungen, die der Ausbruch des Krieges im September 1939 in der Wirtschaft und auch sonst mit sich gebracht hat, haben den Staat erneut vor die Aufgabe gestellt, Rechtsbeziehungen, die unter anderen Verhältnissen und Voraussetzungen abgeschlossen worden waren, den neuen Umständen anzugleichen. Wiederum mußte aber, um die Wirtschaft vor größeren Erschütterungen zu bewahren, dafür gesorgt werden, daß solche Maßnahmen auf die Fälle beschränkt bleiben, in denen sie wirklich notwendig sind. „Eine wesentliche Voraussetzung für das Durchhalten der deutschen Wirtschaft im Kriege ist", so heißt es im Vorspruch zur Vertragshilfeverordnung vom 30. November 1939 (RGBl I S. 2329), „daß jeder seinen Zahlungsverpflichtungen pünktlich nachkommt". Noch stärker ist deswegen der Richter, der die Möglichkeit hat, jeden einzelnen Fall zu prüfen, mit dieser Aufgabe betraut worden, und nur vereinzelt hat der Gesetzgeber bisher zu diesem Zweck unmittelbar in bestehende Rechtsbeziehungen eingegriffen [43]). Gleichzeitig ist es auf diese Weise auch in diesen Fällen ermöglicht worden, es den Beteiligten zunächst selbst zu überlassen, eine entsprechende Neuordnung ihrer Rechtsbeziehungen vorzunehmen.

[42]) Fideikommissgerichte sind die Oberlandesgerichte (Fideikommissenat) und das oberste Fideikommißgericht in Berlin.

[43]) vgl. z. B. Art. 9 der VO über Maßnahmen auf dem Gebiete des bürgerlichen Streitverfahrens, der Zwangsvollstreckung, des Konkurses und des bürgerlichen Rechts vom 1. September 1939 (RGBl I S. 1656). Diese Vorschrift ordnete ganz allgemein den vorübergehenden Nichteintritt von Verwirkungsfolgen an, ist aber später in dieser Form durch § 32 der Vertragshilfeverordnung wieder aufgehoben worden.

Die erste derartige Aufgabe übertrug die Verordnung über die Bewilligung von Zahlungsfristen in Rechtsstreitigkeiten vom 7. Oktober 1939 (RGBl I S. 2004) dem Richter. Ganz entsprechend der Bundesratsverordnung vom 7. August 1914 [44]) ermächtigt sie das Gericht, einem Beklagten Zahlungsfristen bis zur Dauer von drei Monaten zu bewilligen, wenn der Kläger einen Anspruch auf eine Geldleistung oder aus einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld geltend macht, der aus einem vor dem 1. September 1939 begründeten Rechtsverhältnis entstanden ist. Die Zahlungsfrist soll gewährt werden, wenn sie in Anbetracht der Lage beider Parteien gerechtfertigt ist. Sie wirkt, wie auch in dieser Verordnung ausdrücklich gesagt ist, wie eine vom Gläubiger bewilligte Stundung, dem Richterakt kommt also rechtsbegründende Wirkung zu.

Eine umfassende Regelung der Anpassung vor dem Krieg begründeter Rechtsverhältnisse an die neue Lage brachte die schon erwähnte Vertragshilfeverordnung. Sie verlangt von den Gläubigern eines Schuldners, der durch die Kriegsfolgen besonders hart betroffen wird, daß sie bei Geltendmachung ihrer Ansprüche hierauf Rücksicht nehmen und erwartet, daß sie sich mit einem solchen Schuldner gütlich über eine Abwicklung seiner Verpflichtungen einigen [45]). Wenn eine solche Einigung nicht zustande kommt, kann der Schuldner die Vertragshilfe des Richters in Anspruch nehmen. Dieser hat dann, wenn auch er eine gütliche Regelung nicht herbeiführen kann, nach Prüfung der gesamten Umstände einen gerechten Ausgleich unter den Parteien zu schaffen. Hiezu sind ihm in der Verordnung weitgreifende Gestaltungsvollmachten übertragen. Ist z. B. ein Gewerbetreibender infolge des Kriegs zur Einstellung, Umstellung oder Einschränkung seines Betriebes gezwungen und wird er hiedurch in seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit beeinträchtigt, so kann der Richter die Fälligkeit seiner Zahlungsverpflichtungen durch Bewilligung von Teilzahlungen oder Stundungen regeln, gegenseitige, im Zusammenhang mit dem Gewerbebetrieb abgeschlossene und noch nicht erfüllte Verträge aufheben, die Miete bzw. den Pachtzins für Geschäftsräume zeitweilig bis zur Hälfte herabsetzen oder das Miet- oder Pachtverhältnis vorzeitig auflösen. Im letzteren Falle, ebenso wenn er einen sonstigen gegenseitigen Vertrag aufhebt, kann dem Gewerbetreibenden die Zahlung einer Entschädigung an seinen Vertragspartner durch den Richter auferlegt werden. (§§ 1–5 VHV). — In ähnlicher Weise kann das Gericht durch Regelung der Fälligkeiten ihrer Zahlungsverpflichtungen Schuldnern helfen, die von der Räumung oder Freimachung von Gebietsteilen oder von ähnlichen Kriegsauswirkungen betroffen sind (§ 3 VHV). — Auch Grund-

[44]) vgl. oben S. 35 ff.
[45]) vgl. den Vorspruch zu der Vertragshilfeverordnung.

stückseigentümer, deren Nutzungen aus ihrem Grundstück durch Auswirkungen des Krieges zurückgehen, genießen die Vertragshilfe des Richters. Dieser kann in einem solchen Falle die Fälligkeiten von Hypothekenzinsen, Grundschuldzinsen und Realleistungen regeln, die Zinsen selbst bis zu 5% herabsetzen und die Verpflichtung zur Zahlung von Tilgungsraten auf Hypotheken und Grundschuldforderungen einstweilen aussetzen (§ 7 VHV). — Ganz allgemein ist der Richter ermächtigt worden, in entsprechender Anwendung der Verordnung zur Regelung der Fälligkeiten alter Hypotheken eine nach dem 25. August 1939 eingetretene Fälligkeit einer durch Hypothek oder Grundschuld gesicherten Forderung neu festzusetzen (§ 8 VHV). — Schließlich kann das Gericht gemäß § 9 VHV auch anordnen, daß Rechtsfolgen nicht eintreten, die für den Fall der Nichterfüllung oder nicht rechtzeitigen Erfüllung einer Verbindlichkeit vorgesehen sind[46]). — Zuständig für das Vertragshilfeverfahren auf Grund der Vertragshilfeverordnung ist das Amtsgericht, das Verfahren selbst richtet sich grundsätzlich nach dem freiwilligen Gerichtsbarkeitsgesetz.

Für Schuldner, die durch die Auswirkungen des Krieges in Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung geraten sind, ist durch eine zugleich mit der Vertragshilfeverordnung ergangene Verordnung[47]) an Stelle eines Konkurs- oder Vergleichsverfahrens ein besonderes Kriegsausgleichsverfahren geschaffen worden. In diesem sind die Mitwirkungsrechte des Richters gegenüber einem Konkurs- oder Vergleichsverfahren dadurch erweitert worden, daß der Richter einen Ausgleichsvorschlag, der keinen Erlaß sondern nur Stundung vorsieht, auch dann für verbindlich erklären kann, wenn dieser nicht von der erforderlichen Gläubigermehrheit angenommen worden ist. Hiebei kann er auch die Stundungsdauer und andere Nebenabreden von dem Ausgleichsvorschlag abweichend regeln.

Im Anschluß an die Vertragshilfeverordnung sind in der Folge auf einigen Einzelgebieten noch weitere Bestimmungen ergangen, die alle zur Regelung vertraglicher Beziehungen die Vertragshilfe des Richters einführen. So ordnet die Verordnung über die Vertragshilfe des Richters in Energiewirtschaftssachen vom 1. April 1940 (RGBl I S. 577) an, daß der Richter einen Energieversorgungsvertrag abändern oder auflösen kann, dessen Erfüllung einer Vertragspartei nicht mehr zuzumuten ist (§ 1). Im Falle der Auflösung des Vertrages kann der Richter den einen Teil aufgeben, den andern angemessen zu entschädigen. Wird einem Energieversorgungsunternehmen durch die zuständige Behörde die Pflicht zu bestimmten Ener-

[46]) Eine entsprechende Befugnis hatte der Richter bereits während des Weltkrieges, vgl. oben S. 37 f.

[47]) Verordnung über das Kriegsausgleichsverfahren vom 30. November 1939, RGBl I S. 2338.

gieleistungen auferlegt, so kann der Richter nach § 2 der Verordnung auch das zwischen Empfänger und Leistendem bestehende Rechtsverhältnis im Wege der Vertragshilfe regeln. Zuständig für die Vertragshilfe ist hier das Oberlandesgericht, das unter Zuziehung zweier sachverständiger Beisitzer entscheidet.

Die Verordnung über die Abwicklung von Lieferverträgen vom 20. April 1940 (RGBl I S. 671) gibt einem Vollkaufmann, dem die Erfüllung eines Liefervertrages infolge des Krieges insbesondere durch die kriegswirtschaftlichen Maßnahmen erschwert oder unmöglich ist, das Recht, zur Abwicklung des Vertrages die Hilfe des Richters zu beanspruchen. Dieser kann den Liefervertrag aufheben oder abändern und „andere geeignete rechtsgestaltende Maßnahmen treffen" (§ 2). Auch für dieses Verfahren ist das mit sachverständigen Beisitzern besetzte Oberlandesgericht zuständig.

Durch die Verordnung über Forderungen und Rechte auf wiederkehrende Naturalleistungen vom 20. Juli 1940 (RGBl I S. 1045) sind Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen, die infolge der öffentlichen Bewirtschaftung landwirtschaftlicher Erzeugnisse nicht mehr erfüllt werden können, kraft Gesetzes in Geldansprüche umgewandelt. Können sich in einem solchen Fall die Beteiligten über die Höhe des Ersatzanspruches nicht einigen, so wird diese vom Richter im Wege der Vertragshilfe festgesetzt.

Die ebenfalls auf Grund der Vertragshilfeverordnung ergangene Verordnung über die Schuldenabwicklung im Freimachungsgebiet vom 5. Juli 1940 (RGBl I S. 947) ordnet neben anderen Maßnahmen kraft Gesetzes die Stundung hypothekarisch gesicherter und nach dem 31. August 1939 fällig werdender Forderungen bis zum 1. September 1941, sowie bestimmter anderer Forderungen bis zum 1. März 1941 an[48]). Um Härtefälle auszugleichen, ist hier dem Richter das Recht gegeben worden, eine Abkürzung der gesetzlich angeordneten Stundung vorzunehmen.

Ein Recht zur Gestaltung von Vertragsverhältnissen, die durch die Freimachung in Unordnung geraten sind, hat der Richter auch durch die Verordnung über die Behandlung von Miet- und Pachtverträgen über Räume aus Anlaß der Freimachung der westlichen Grenzgebiete vom 15. Juli 1940 (RGBl I S. 995) erhalten. Er kann hier, wenn ein Mieter (Pächter) von Räumen, die im Freimachungsgebiet liegen, aus Anlaß der Freimachung das Mietverhältnis gelöst hat, und die Räume nunmehr neu vermietet sind, auf Antrag eines solchen Mieters das alte Mietverhältnis wieder herstellen und das neue auflösen. Diese Anordnung trifft der

[48]) vgl. im einzelnen die §§ 1 und 2 der Verordnung.

Richter nach freiem Ermessen. Auf das Verfahren finden im wesentlichen die Vorschriften der Vertragshilfeverordnung Anwendung.

So sind, wie diese Uebersicht zeigt, auch im gegenwärtigen Krieg dem Richter mannigfache, zum Teil denen des Weltkrieges entsprechende Gestaltungsbefugnisse übertragen worden. Zum Teil gehen sie aber, wie besonders die Vertragshilfeverordnung zeigt, weit über den damaligen Umfang hinaus, indem sie nahezu die ganze notwendige Umstellung der privaten Rechtsbeziehungen dem Richter überlassen und ihm hiefür nur wenige, allgemein gehaltene Anweisungen geben. Um allen Fällen, in denen ein Schuldner durch die Kriegsverhältnisse besonders hart betroffen wird, gerecht zu werden, sind, wie hier abschließend noch erwähnt sei, auch dem Vollstreckungsrichter erweiterte Vollmachten zur Gestaltung des Vollstreckungsverfahrens zur Verfügung gestellt worden[49]).

V. Ueberblick über die Gesetzgebung

Blicken wir nun, nachdem wir mit der Betrachtung der Gesetzgebung bis zur Gegenwart gelangt sind, auf die gesamte Entwicklung zurück, so können wir eine sich fast stetig steigernde Aufnahme gestaltender Tätigkeit in den Kreis der richterlichen Aufgaben feststellen. Während vor dem Weltkrieg die Rechtsordnung nur in seltenen Ausnahmefällen eine Gestaltung privater Rechtsbeziehungen durch den Richter kannte, sind ihm seitdem und besonders seit der nationalsozialistischen Machtergreifung auf den verschiedensten Gebieten und in größtem Umfange Gestaltungsaufgaben übertragen worden. Im Verein mit dem Gesetzgeber und den ständischen Organisationen, die gleichfalls in ständig zunehmendem Maße in die Gestaltung privater Rechtsbeziehungen eingegriffen haben, ist der Richter immer mehr in das bisherige Gebiet der Privatautonomie eingedrungen. Besonders in Notzeiten des Volkes und in Zeiten großer nationaler Kraftanstrengungen, wie sie durch den Vierjahresplan und den gegenwärtigen Krieg gekennzeichnet sind, ist verstärkt auf die Gestaltungskraft des Richters zurückgegriffen worden, um die privaten Rechtsbeziehungen der Gesamtlage anzupassen und sie, wie wir dies besonders

[49]) vgl. Art. 6 Abs. 1 Nr. 3 der Verordnung über Maßnahmen auf dem Gebiete des bürgerlichen Streitverfahrens, der Zwangsvollstreckung, des Konkurses und des bürgerlichen Rechts und die Verordnung über weitere Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung vom 31. Oktober 1939, RGBl I S. 2139.

deutlich bei den neuen Pachtvorschriften sahen, so zu formen, daß sie den Zielen der Staatsführung gerecht werden können. So ist auf dem speziellen Gebiet der richterlichen Rechtsgestaltung genau dieselbe Entwicklung zu einer Erweiterung der Richtermacht festzustellen, wie sie in dem betrachteten Zeitraum durch die zahlreiche Aufnahme von Ermessensbegriffen in die gesetzlichen Tatbestände, durch die Generalklauseln, sowie durch die mit dem Kampf der Freirechtsschule eingeleitete Freierstellung des Richters gegenüber dem Gesetz ganz allgemein zu beobachten ist.

Mannigfacher Art sind die Gestaltungsaufgaben, die dem Richter übertragen worden sind. Es liegt ihnen kein einheitlicher gesetzgeberischer Plan oder Gedanke zugrunde. Wo es gerade zweckmäßig und erforderlich schien, wurde der Richter zur Gestaltung ermächtigt. Wohl am häufigsten wurden ihm Gestaltungsrechte zur Umwandlung bestehender Rechtsverhältnisse übertragen, die — meist wegen einer grundlegenden Veränderung der Verhältnisse — in ihrer ursprünglichen Form nicht mehr aufrecht zu erhalten waren. Während des Weltkrieges, in der Nachkriegszeit, zur Ueberwindung der großen Wirtschaftskrise und im gegenwärtigen Krieg sind wir immer wieder solchen Bestimmungen begegnet. Mit Hilfe des Richters ist in diesen krassen Fällen einer nachträglichen Veränderung der ursprünglichen Grundlagen von Rechtsbeziehungen oder eines sonstigen unverschuldeten Unvermögens Rechtspflichten nachzukommen, das Prinzip einer zu starren Vertragstreue durchbrochen worden.

In den letzten Jahren ist für diese Tätigkeit in der richterlichen Vertragshilfe eine neue Form geschaffen worden. Bei den dem Richter während des Weltkrieges und in der Zeit bis zur Machtergreifung zu diesem Zweck übertragenen Gestaltungsaufgaben ist der Richter in erster Linie als Gehilfe des Gesetzgebers tätig geworden. Die Anpassung von Rechtsverhältnissen an eine neue Lage wurde als dessen Aufgabe angesehen und von ihm auch vielfach unmittelbar wahrgenommen (vgl. z. B. die Zinssenkung und Hypothekenaufwertung in der Notverordnung vom 8. Dezember 1931). Nur in den Fällen, in denen der Gesetzgeber mit allgemeinen Anordnungen nicht durchkommen konnte und in denen er eine dem einzelnen Fall angemessene Umgestaltung für notwendig hielt, hat er die Mithilfe des Richters in Anspruch genommen. Dessen gestaltende Tätigkeit ist daher in diesen Fällen oft nur eine Ergänzung der gesetzgeberischen Maßnahmen. Ganz deutlich zeigt sich dies in solchen Fällen, in denen der Richter ermächtigt worden ist, zur Ausgleichung von Härten die Maßnahmen des Gesetzgebers wieder aufzuheben oder zu mildern. Diese Auffassung hat durch den Nationalsozialismus eine Wandlung erfahren. Können Rechtsbeziehungen infolge der allgemeinen Verhältnisse nicht in der alten

Form bestehen bleiben, so ist es nach heutiger Anschauung Pflicht der beteiligten Volksgenossen, sich über eine angemessene Neuordnung zu einigen. Es ist nicht mehr angängig, daß der eine Teil dem andern allein alle Nachteile aufbürdet, die durch Umstände bedingt sind, die keine der Parteien zu verantworten hat. Die Anpassung von Rechtsverhältnissen an eine neue Lage ist damit von einer Aufgabe des Gesetzgebers grundsätzlich zu einer solchen der Parteien geworden. Der Gesetzgeber hat deswegen in neuerer Zeit, wenn er eine solche Neuordnung von Rechtsverhältnissen für notwendig hielt, immer häufiger den Weg gewählt, den Beteiligten zunächst mitzuteilen, in welcher Weise er die betreffenden Rechtsbeziehungen geregelt sehen will und sie aufzufordern, dementsprechende Maßnahmen zu treffen. In die Verantwortlichkeit der Beteiligten ist es dann gestellt, ihre Rechtsbeziehungen entsprechend den Wünschen des Staates neu zu regeln. Nur für den Fall, daß sie sich hierüber nicht einigen können, ist die Vertragshilfe des Richters vorgesehen. Der Richter ist damit in diesen Fällen zu einem Helfer der Parteien geworden, ein Helfer allerdings, der nicht an ihre Weisungen gebunden ist und der notfalls, d. h. wenn auch mit seiner Unterstützung eine Einigung nicht zustande kommt, von sich aus ihre Rechtsbeziehungen umgestaltet.

Neben diesen Gestaltungsaufgaben des Richters verdient nochmals besondere Hervorhebung die Stellung, die dem Richter auf den Gebieten der Wohnungsmiete, der Bodenpacht und des Bauernrechts zuteil geworden ist. Die große Bedeutung, die diesen Rechtsgebieten zukommt, hat, wie dargestellt wurde, dazu geführt, daß die Herrschaft über derartige Rechtsbeziehungen der Parteiwillkür entzogen und dafür gesorgt wurde, daß ihre Gestaltung in einer den Gemeinschaftsinteressen gerecht werdenden Weise erfolgt. Dies ist, wie mir für den weiteren Ausbau richterlichen Gestaltungsrechts besonders bemerkenswert erscheint, dadurch erreicht worden, daß dem Richter wie z. B. bei der Festsetzung des Mietzinses, bei der inhaltlichen Gestaltung eines Pachtvertrages, bei der Auflösung eines Mietverhältnisses oder bei der Veräußerung von Erbhofteilen ein ausschlaggebendes Mitwirkungsrecht eingeräumt worden ist.

Aber nur auf Sondergebieten und in Sonderfällen hat die Gesetzgebung bis heute den Richter zur Gestaltung ermächtigt. Einem allgemeinen Recht des Richters, etwa zur Anpassung von Rechtsverhältnissen an veränderte Umstände oder sonst zur Schaffung eines billigen Ausgleichs, zur Heilung nichtiger Teile eines Rechtsgeschäftes oder zur autoritativen Teilung von Gemeinschaftsvermögen sind wir nicht begegnet. Nur dem Vollstreckungsrichter ist im Vollstreckungsschutzrecht bisher eine solch allgemeine Befugnis erteilt worden. Dies mag, worauf Wieacker in seiner Untersuchung

über die Richtermacht ausführlich hinweist [1]), zu einem Teil darin seinen Grund haben, daß Typenverträge, allgemeine Geschäftsbedingungen, Formulare, staatliche Lohn- und Preisgestaltung, landwirtschaftliche Marktordnungen mit ihren bis ins einzelne gehenden Vertragsregelungen im Wirtschaftsleben die Vertragsfreiheit im einzelnen Fall schon sehr stark eingeschränkt haben. Denn die durch Typenverträge usw. geregelten Rechtsbeziehungen werden im allgemeinen weit weniger Fehler aufweisen, als solche, die von den Parteien selbständig, ohne eine derartige Anleitung geordnet werden. Auch enthalten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen usw. vielfach Bestimmungen zur Anpassung der Verträge an noch nicht vorauszusehende Umstände. Und überdies werden die von den ständischen Organisationen ausgearbeiteten Vertragsmuster den Gemeinschaftsforderungen an die inhaltliche Normierung dieser Verträge schon Rechnung tragen, so daß in die so geregelten Rechtsbeziehungen der Richter auch nicht mit diesem Ziel gestaltend einzugreifen braucht.

[1]) Wieacker aaO S. 22 ff.

Durch die Rechtsprechung geschaffene Möglichkeiten richterlicher Rechtsgestaltung.

Neben den bisher besprochenen Gestaltungsrechten, die dem Richter ausdrücklich durch Gesetz eingeräumt worden sind, hat sich die Rechtsprechung auch noch in freier rechtschöpferischer Tätigkeit Möglichkeiten zur Gestaltung einzelner privater Rechtsbeziehungen geschaffen.

1.

Ein Mittel hiezu haben vor allem die auf § 157 BGB gestützte ergänzende Vertragsauslegung und die Durchführung des in § 242 BGB niedergelegten Grundsatzes von Treu und Glauben geboten. In der meist miteinander verbundenen Anwendung dieser beiden Generalklauseln hat die Rechtsprechung, wie Stoll es ausgedrückt hat [1]), einen Weg gefunden, „um den vernünftigen Vertragszweck auch gegen den Willen der Parteien zu verwirklichen und einen dem Gemeinwohl abträglichen Vertrag im Sinne der Anforderungen der Gemeinschaft umzugestalten".

Rechtsgestaltung im technischen Sinne ist nun allerdings die Vertragsergänzung und die Anwendung des § 242 BGB durch den Richter nicht [2]). Es wurde bereits an anderer Stelle der Arbeit dargelegt, daß die Anwendung der Generalklauseln durch den Richter als solche noch keine Gestaltung der betreffenden Rechtsbeziehungen bedeutet. Wenn der Richter einen Vertrag nach § 157 BGB auslegt, oder ihn nach § 242 BGB beurteilt, so trägt er formal gesehen nichts Neues in die Vertragsbeziehungen hinein. Er stellt nur klar, welchen Inhalt der Vertrag nach richtiger und unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben erfolgte Deutung der Parteierklärungen hat und wie weit der so zum Ausdruck gekommene Rechtsfolgewille der Parteien nach dem alle Rechtsbeziehungen beherrschenden und sie ergänzenden Gesetz des § 242 BGB Geltung zukommen kann. In tatsächlicher Beziehung bedeutet jedoch die richterliche Anwendung dieser Generalklauseln in vielen Fällen nichts anderes als eine vom Richter nach seinem Ermessen vorgenommene Neuordnung von Rechts-

[1]) Stoll, Vertrag und Unrecht, S. 83.
[2]) vgl. Titze, Richtermacht und Vertragsinhalt, S. 17.

verhältnissen [3]). Um die Entwicklung richterlicher Gestaltungstätigkeit richtig überblicken zu können, müssen daher auch diese Fälle noch kurz betrachtet werden. Denn gerade mit den Bestimmungen der §§ 157 und 242 BGB und mit der immer ausgedehnteren Auslegung, die ihnen die Rechtsprechung angedeihen ließ, haben die Richter versucht, den Mangel einer allgemeinen gesetzlichen Gestaltungsbefugnis auszugleichen. Sie haben, wie Lange [4]) es ausgedrückt hat, ihre gestaltende Tätigkeit „als bloße Gesetzesanwendung getarnt".

Es kann sich im folgenden nun selbstverständlich nicht darum handeln, ein umfassendes Bild dieser Anwendung der §§ 157, 242 BGB durch die Gerichte zu geben. Es sollen nur einige Beispiele herausgegriffen werden, in denen die „getarnte" Gestaltung besonders deutlich zutage tritt.

Vor dem Weltkrieg hatte die Rechtsprechung nur selten und dann nur in bescheidenem Umfang auf die in den beiden Generalklauseln liegenden — damals auch noch nicht in ihrer vollen Bedeutung erkannten — Vollmachten zurückgegriffen. Erst der Weltkrieg und die Nachkriegszeit haben auch hier die Entwicklung in Fluß gebracht. Da die Gesetzgebung zunächst nur in wenigen Sonderfällen Bestimmungen über die Anpassung von Rechtsbeziehungen an die durch Krieg, Revolte und Geldentwertung vollständig veränderten Verhältnisse getroffen hatte, mußten die Gerichte von sich aus Wege finden, um die vollkommen in Unordnung geratenen Rechtsverhältnisse in einer billigen Weise den neuen Umständen anzugleichen.

Zuerst trat diese Aufgabe an die Gerichte bei gegenseitigen Verträgen heran, die auf Lieferungen oder Leistungen gerichtet waren, und bei denen infolge der veränderten Verhältnisse seit Vertragsschluß ein außerordentliches und für den einen Vertragsteil vielfach „ruinöses" Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung eingetreten war. Das Reichsgericht, das die Lage anfangs als eine Teuerung auf der Warenseite und nicht als eine Entwertung des Geldes angesehen hatte [5]), versuchte in solchen Fällen zunächst nach den Regeln des Positivismus dadurch zu helfen, daß es durch einen entsprechenden Ausbau der Unmöglichkeitslehre der Vertragspartei, von der die Erfüllung „übero bligationsmäßige" Opfer gefordert hätte, ein Loskommen von ihrer vertraglichen Verpflichtung ermöglichte [6]). Einen unmittelbar gestaltenden Eingriff, der es nicht

[3]) vgl. Palandt-Friesecke Anm. 4 c zu § 242.
[4]) Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 51.
[5]) besonders deutlich kommt dies z. B. in RGZ 102, 272 zum Ausdruck; vgl. auch RGZ 100, 129 und 102, 98.
[6]) vgl. z. B. RGZ 90, 102; 93, 341; 94, 68; 98, 18; RG in JW 1920, 434; Mügel, Das gesamte Aufwertungsrecht, S. 156.

vor die Wahl zwischen Aufrechterhaltung oder Vernichtung des ganzen Geschäftes gestellt, sondern ihm eine zweckentsprechende Umwandlung ermöglicht hätte, lehnte das oberste Gericht zunächst noch streng ab. In einem Urteil vom Mai 1915 [7]) finden wir den Satz: „Da durch die Vorschriften des geltenden Rechts dem Richter nicht die Machtbefugnis erteilt ist, zwecks Milderung der Härten des Krieges einen Ausgleich zwischen den Vertragsparteien zu schaffen, handelt es sich nur um die Frage, ob dem Kläger wegen des Kriegsausbruches ein Rücktrittsrecht zusteht". Noch in Urteilen vom Juli 1917 [8]) und Oktober 1919 [9]) bekannte sich das Reichsgericht zu diesem Abstand.

Die Abkehr von dieser gesetzespositivistischen Haltung brachte dann das bekannte Urteil des dritten Zivilsenats vom 21. September 1920 [10]). Eine Vermieterin, die sich 1912 zur Lieferung von Wasserdampf an ihre Mieterin verpflichtet hatte, wollte zwar, ebenso wie die Mieterin, die Aufrechterhaltung des Vertrages, verlangte aber eine den erhöhten Kohlenpreisen und Arbeitslöhnen angemessene Erhöhung des für die Lieferung des Dampfes vereinbarten Preises. Unter Aufgabe seines bisherigen Standpunktes entsprach das Reichsgericht diesem Verlangen und erhöhte unter Heranziehung des Rechtsgedankens der clausula rebus sic stantibus und unter Berücksichtigung der Verhältnisse beider Parteien die Lieferpreise. Zur Begründung führte es aus: „Die erste und vornehmste Aufgabe des Richters geht dahin, in seiner Rechtsprechung den unabweislichen Bedürfnissen des Lebens gerecht zu werden und sich in dieser Beziehung von den Erfahrungen des Lebens leiten zu lassen. Jener Ausspruch des Senats (daß der Richter Verträge nicht abändern dürfe) kann in seiner strengen Allgemeinheit nicht mehr aufrechterhalten werden." „Die Verhältnisse erfordern unbedingt ein Eingreifen des Richters in bestehende Vertragsverhältnisse dann, wenn anders nicht ein Treu und Glauben und jedem Gebot von Gerechtigkeit hohnsprechender, einfach nicht zu ertragender Zustand geschaffen werden soll". Damit hatte das Reichsgericht in freier Rechtsschöpfung für diese Fälle einer grundlegenden Umwälzung aller Verhältnisse eine richterliche Befugnis zur Vertragsumgestaltung geschaffen [11]). Es bekannte sich damals, wie die angeführten

[7]) RGZ 86, 397.
[8]) RGZ 90, 374.
[9]) JW 1920, 373.
[10]) RGZ 100, 129.
[11]) Das Urteil fand damals im Schrifttum reichen Widerhall, vgl. Titze, Richtermacht und Vertragsinhalt und das dort angegebene Schrifttum. Zum Teil wurde das Urteil freudig begrüßt (vgl. Krückmann JW 1920, 962), zum Teil wurde es aber auch als unzulässiger Einbruch in die Vertragstreue schroff abgelehnt (so besonders von Dove JW 1920 961); auch einige Senate des

Sätze zeigen noch offen zu seiner gestaltenden Tätigkeit und hüllte sie noch nicht in das Gewand einer Anwendung des § 242 BGB. Es führte zwar neben dem § 325 BGB auch die §§ 242 (157) BGB in dem Urteil an, aber nur als einen „wünschenswert oder nötig erachteten Anhalt im positiven Recht" und nur hilfsweise stützte es seine Entscheidung auf die Grundsätze über die ergänzende Vertragsauslegung. Der Richter sollte nach dieser Entscheidung das Recht haben, durch rechtsbegründendes Gestaltungsurteil die Rechtsbeziehungen der Parteien neu zu ordnen. Ganz deutlich kommt das auch in einem späteren Urteil des Reichsgerichts [12]) zum Ausdruck, in dem es heißt: „Weder die vertraglichen noch die gesetzlichen Bestimmungen reichen gegenüber dieser Entwicklung der Verhältnisse aus, um die zur Entscheidung stehenden Fragen einer gerechten Lösung zuführen zu können. Der Richter muß deshalb im Rahmen jener Bestimmungen selbstschöpferisch die Entscheidung treffen". Erst später im weiteren Verlauf der Aufwertungsrechtsprechung tarnte das Reichsgericht seine gestaltende Tätigkeit als Anwendung des § 242 BGB und stellte nachträglich fest, daß das, was es früher auf „dem Umweg über ein sogenanntes Gestaltungsurteil" zu verwirklichen gesucht habe, nach seiner jetzigen Rechtsauffassung nichts anderes als Aufwertung, also Anwendung des § 242 BGB gewesen sei [13]).

Während so die Rechtsprechung das bei gegenseitigen Verträgen zwischen Leistung und Gegenleistung entstandene Mißverhältnis ausglich, zögerte das Reichgericht, gehemmt durch den Währungsgrundsatz: „Mark = Mark", lange, auch bei einseitigen Verträgen — Darlehen und sonstige Geldanlagen — eine entsprechende Abhilfe zu schaffen. Erst als im November 1923 die Mark auf den billionsten Teil ihres früheren Wertes gesunken war, entschloß sich das Reichsgericht in seinem berühmten Urteil vom 23. November 1923 [14]) auch in diesen Fällen zum Eingreifen. Es stellte fest, daß bei der derzeitigen, nie geahnten Umwälzung aller Verhältnisse das Währungsgesetz Mark = Mark hinter dem Gesetz von Treu und Glauben zurücktreten müsse, und daß daher der Gläubiger einer hypothekarisch gesicherten Darlehensforderung eine Aufwertung verlangen könne. Die Höhe der Aufwertung bestimme sich hiebei je nach den Umständen des Falles unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien. Damit war die von den Gerichten durchgeführte sogenannte

Reichsgerichts lehnten in der Folgezeit noch eine derartige richterliche Vertragsumgestaltung ab, so z. B. der zweite Zivilsenat in RGZ 103, 328 (333) und der erste Zivilsenat RGZ 101, 74.

[12]) RGZ 104, 394; vgl. auch RGZ 104, 218.

[13]) so in RGZ 111, 60.

[14]) RGZ 107, 78 (bes. S. 85 ff); vorangegangen waren bereits zwei Urteile des OLG Darmstadt (JW 23, 459 und 522).

freie Aufwertung eingeleitet. Wenn die Aufgabe der Gerichte rechtlich gesehen hiebei auch nur die war, in Anwendung des § 242 BGB festzustellen, welchen Betrag der Schuldner einer entwerteten Forderung nach Treu und Glauben zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aufzubringen hatte[15]), so haben sie doch tatsächlich bei der Bestimmung des individuellen Aufwertungsbetrages reiche Gestaltungstätigkeit entfaltet.

Als später in den Jahren vor der Machtübernahme durch Wirtschaftskrise, Geldknappheit, und der damit verbundenen Steigerung der Kaufkraft der Reichsmark (Deflation) wiederum große Veränderungen im wirtschaftlichen Leben eintraten, waren die Gerichte erneut vor die Frage gestellt, ob sie auch jetzt wieder entsprechend ihrer Aufwertungsrechtsprechung bestehende Rechtsverhältnisse zur Anpassung an die neue Lage umgestalten sollten. Das Reichgericht sah jedoch im Gegensatz zur Inflation die durch die Krise hervorgerufenen Veränderungen für nicht so schwer und ungewöhnlich an, als daß abermals eine allgemeine Auflockerung der Vertragstreue gerechtfertigt gewesen wäre. Es lehnte es deswegen in der Regel ab, mit Hilfe des § 242 BGB vertraglich übernommene Geldschulden aus Anlaß der Deflation aufzuheben oder „abzuwerten“ [16]).

Eine bemerkenswerte Ausnahme von diesem Grundsatz hat die Rechtsprechung bei vertraglichen Ruhegehaltsansprüchen gemacht [17]). Diese waren zum Teil, wie auch viele Gehaltsforderungen noch aus der Zeit der Scheinblüte außerordentlich überhöht. Das Reichsgericht hatte ebenso wie das Reichsarbeitsgericht zunächst auch in diesen Fällen entsprechend seinem eben dargelegten Grundsatz jede Herabsetzung abgelehnt [18]). Da durch Teil 5 Kapitel III der 3. Notverordnung des Reichspräsidenten vom 6. Oktober 1931 (RGBl I S. 537 [557 ff]) bei Dienst- und Ruhegehaltsbezügen über 15 000 Reichsmark jährlich dem Dienstherrn das Recht zu einer einmaligen, einseitigen Herabsetzung gegeben worden war, stützten sie ihren ablehnenden Standpunkt auch noch darauf, daß der Gesetzgeber eine erschöpfende, die Herabsetzung nach allgemeinen Grundsätzen ausschließende Regelung dieser Frage getroffen habe [19]). Nur insoweit waren Reichsgericht und Reichsarbeitsgericht bedrängten Unternehmungen zu Hilfe

[15]) vgl. RGRK 9. Aufl. Anm. 5 d zu § 242; RG in HRR 1929 Nr. 856, es heißt hier: „Es ist grundsätzlich davon auszugehen, daß mit der Aufwertung nichts anderes begehrt wird als Erfüllung des ursprünglichen Vertrages in einer dem § 242 BGB entsprechenden Weise.

[16]) vgl. RGZ 147, 42 (55 f) und RG in JW 38, 862 und in DJ 38, 1561; Palandt Anm. 7 f zu § 242.

[17]) vgl. Siebert, „Kürzung vereinbarter Ruhegehälter“, in JW 35, 2870.

[18]) vgl. RGZ 141, 151; RAG in JW 32, 3219 und 33, 1276.

[19]) so RGZ 141, 151; RG in HRR 1930 Nr. 772; RAG in JW 32, 3219 und JW 33, 257.

gekommen, als sie unter besonderen Umständen den wirtschaftlichen Niedergang eines Unternehmens als wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung (§ 626 BGB) gelten ließen [20]), womit dem Richter aber wiederum nur die Wahl blieb zwischen völliger Vernichtung oder Aufrechterhaltung des Dienstvertrages samt dem überhöhten Lohn. Bei Ruhegehaltsforderungen, bei denen eine Kündigung nicht mehr in Betracht kam, konnte jedoch auf diese Weise nicht geholfen werden. Nachdem daher zunächst das Reichsarbeitsgericht [21]) festgestellt hatte, daß nach § 242 BGB die Herabsetzung einer Pensionsforderung gerechtfertigt sei, wenn die Höhe des vereinbarten Ruhegeldes das Unternehmen wirtschaftlich gefährden könne, hat auch das Reichsgericht in einem Urteil vom 30. April 1935 [22]) seinen bisherigen Standpunkt aufgegeben. Noch weitergehend als das Reichsarbeitsgericht sieht es unter bestimmten Voraussetzungen eine auf § 242 BGB gestützte Herabsetzung von Ruhegehaltsbezügen schon dann als gerechtfertigt an, wenn sich ein Unternehmen in schwieriger finanzieller Lage befindet und alle Kräfte zu seiner Erhaltung anspannen muß. Zur Begründung führte es u. a. aus, daß im BGB und besonders im Arbeitsrecht die Vertragstreue nur mit der durch Treu und Glauben gebotenen Einschränkung gelte und daß, wenn man schon über § 626 BGB in solchen Fällen zu einer völligen Auflösung eines Vertrages kommen könne, „auch ein Weg gegeben sein müsse, eine Forderung, deren Erfüllung in vollem Umfange Treu und Glauben nicht mehr entspreche, umzugestalten". — Unter dem Vorwand der Ermittlung der Leistung nach § 242 BGB [23]) hat sich so die Rechtsprechung auch in diesen Fällen die Möglichkeit geschaffen, einen langdauernden Vertrag wegen Veränderung der Geschäftsgrundlage abzuändern.

Eine ganz ähnliche Aufgabestellung wie die Kürzung von Ruhegehaltsbezügen enthält die heute sehr häufig die Gerichte beschäftigende Frage der Herabsetzung ursprünglich — auch nach unseren heutigen Anschauungen — gültig vereinbarter Zinssätze, deren Höhe jedoch den jetzigen Verhältnissen in keiner Weise mehr entspricht. Wir sind schon an anderer Stelle auf den Wandel zu sprechen gekommen, den die Zinshöhe seit Ende der Inflation durchgemacht hat. Waren unmittelbar nach deren Beendigung Zinssätze von $2^1/_2$% pro Tag und darüber hinaus angemessen, so bewegt sich heute die Zinshöhe zwischen 4 und 6% für langfristige Anlagen. In vielen Fällen hat der Gesetzgeber, wie teilweise schon erwähnt worden ist,

[20]) vgl. RGZ 142, 151; RAG in JW 33, 1277.
[21]) JW 33, 1677; vgl. auch RAG in Entsch. des RAG 14, 196 (199).
[22]) JW 35, 2877.
[23]) Das Reichsgericht stellte auch in dieser Entscheidung ausdrücklich fest, daß die „sogenannte Herabsetzung das Ergebnis der Ermittlung des Inhalts der Verpflichtung sei".

Maßnahmen zur Neufestsetzung von nicht mehr den Verhältnissen entsprechenden Zinsvereinbarungen getroffen[24]). Es fragt sich nun aber, wie sich die Gerichte verhalten sollen, wenn der Inhaber einer von den gesetzlichen Maßnahmen nicht erfaßten verzinslichen Forderung die vereinbarten aber heute viel zu hohen Zinsen geltend macht. Sollen ihm getreu dem Wortlaut des Vertrages die vereinbarten Zinsen auch noch für die neuere Zeit zugesprochen, oder soll der Zinssatz auf eine jeweils den verschiedenen Zeiträumen angemessene Höhe herabgesetzt werden. Die Frage, die in der Praxis meist noch dadurch erschwert ist, daß die Gläubiger im Besitze rechtskräftiger Titel über ihre Zinsansprüche sind, ist bisher noch nicht einheitlich entschieden. Verschiedene Gerichte[25]) und Schriftsteller[26]) haben sich für die Herabsetzung, gestützt auf die Grundsätze von Treu und Glauben, ausgesprochen, während sich z.B. das Kammergericht[27]) und das Oberlandesgericht Breslau[28]) gegen eine solche gewandt haben, das Kammergericht allerdings nur deswegen, weil es aus den zahlreichen gesetzlichen Zinssenkungsmaßnahmen m. E. zu Unrecht[29]) den Umkehrschluß ziehen zu müssen glaubt, der Gesetzgeber habe damit zum Ausdruck gebracht, daß er für die nicht zinsgesenkten Forderungen eine Herabsetzung nicht für notwendig halte. Das Oberlandesgericht Breslau dagegen hat aus grundsätzlichen und durchaus beachtlichen Bedenken eine derartige Erweiterung der Richtermacht ohne unmittelbare gesetzliche Vorschrift abgelehnt. Es führt u. a. aus, „der Richter habe grundsätzlich vertragliche Vereinbarungen zu achten und sei zu ihrer Abänderung nur ausnahmsweise dann befugt, wenn ihn das Gesetz dazu besonders ermächtige . . Wollte man ihm die Macht beilegen, vertragliche Abmachungen über Zinsen abzuändern und diese in der Höhe festzusetzen, die ihm angemessen erscheine, so würde der eine Richter einen Zinssatz von 5%, der zweite einen solchen von 3%, wiederum ein anderer einen solchen von 1% für angemessen . . . erklären". „Die Folge wäre ein gänzliches Durcheinander der Rechtsprechung, eine allgemeine Rechtsunsicherheit und damit eine Zerstörung der Grundlagen des Kreditwesens". Trotz dieser Bedenken, die denen gleichen, denen wir schon des öfteren gegenüber richterlicher Ge-

---

[24]) aufgezählt bei Palandt Anm. 3 b zu § 246.

[25]) vgl. z. B. OLG Jena in JW 37, 3331; bereits früher im Jahre 1929 hat das Reichsgericht in RGZ 124, 146 (152) eine Zinssenkung nach Treu und Glauben wegen veränderter Umstände für berechtigt erklärt.

[26]) so Roquette JW 37, 1938 ff; Braun JW 37, 3202; Herschel JW 38, 316; Palandt Anm. 3 b zu § 246.

[27]) JW 37, 1405.

[28]) JW 38, 315.

[29]) eher wäre eine Analogie in Frage gekommen. Der Gesetzgeber hat von sich aus eben nur die vordringlichsten Fälle geregelt; vgl. Braun und Palandt aaO.

staltung begegnet sind, glaube ich, daß z. B. ein Gericht für die heutige Zeit Zinsen von 10, 12 und mehr Prozent nicht mehr zusprechen darf und gemäß § 242 BGB eine angemessene Herabsetzung vornehmen muß. Solche Zinssätze widersprechen Treu und Glauben, ihre Geltendmachung ist unzulässige Rechtsausübung. Das Messen der Leistung an dem Grundsatz des § 242 BGB führt folglich zum Ergebnis, daß die Forderung nicht mehr entsprechend dem Wortlaut des Vertrages, sondern nur noch in einer geringeren Höhe besteht. Die Rechtssicherheit und vor allem das Vertrauen zur Rechtspflege scheint mir weit mehr gefährdet zu sein, wenn einem Schuldner für die heutige Zeit noch solch hohe Zinsen auferlegt, als wenn sie angemessen herabgesetzt werden. Denn tatsächlich wird doch ein Gläubiger kaum ernstlich damit rechnen, solche Zinsansprüche zugesprochen zu erhalten; der eine versucht es eben einmal, während sich der andere schon von vornherein nicht auf seinen Rechtsschein beruft. Selbstverständlich muß die Herabsetzung auf wirklich krasse, nicht mehr haltbare Fälle beschränkt bleiben.

Wie sehr die Gerichte unter Berufung auf § 242 BGB Vertragsbestimmungen abändern, zeigt besonders deutlich auch ein Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1936 [30]). Ein öffentlich-rechtlicher Verband hatte 1933 offenbar als Notstandsarbeit einem Unternehmer zu einem sehr niedrig bemessenen Werklohn Bewässerungsarbeiten übertragen und ihn verpflichtet, zu ihrer Ausführung bis zu 90% Arbeitslose einzustellen. Im Verlauf der Durchführung des Auftrages mußte der Unternehmer seine Zahlungen einstellen. In einem von ihm gegen seinen Auftraggeber daraufhin anhängig gemachten Rechtsstreit hat nun das Reichsgericht festgestellt, daß dann, wenn die Leistungen der Arbeitslosen infolge ihrer Ungeübtheit geringer seien, als beide Parteien bei Festsetzung des Werklohnes angenommen hätten und deswegen das Geschäft für den Kläger ein Verlustgeschäft geworden sei, unter Umständen der Beklagte bei der besonderen Lage dieses Falles nach Treu und Glauben zur Zahlung eines höheren als des vereinbarten Werklohnes verpflichtet sein könne. Nicht allgemeine unvorhersehbare Veränderungen der Wirtschaftslage wie in den bisher behandelten Fällen, sondern sogar ein Irrtum beider Parteien über die der Kalkulation zugrunde liegenden Tatsachen nimmt das Reichsgericht hier zum Anlaß einer Vertragsumgestaltung.

2.

Während so die §§ 242, 157 BGB der Rechtsprechung die Möglichkeit bieten, rechtswirksam begründete Vertragsverhältnisse umzugestalten,

[30]) RGZ 150, 89.

wenn unvorherschbare oder von den Parteien nicht beachtete Umstände dies notwendig erscheinen lassen, ist es dem Richter bisher bei Rechtsgeschäften, die von Anfang an einen unerwünschten Inhalt aufweisen oder sonst fehlerhaft zustande gekommen sind, nur in viel geringerem Maße gelungen, sich von der ihm vom BGB gegenüber dem Parteiwillen auferlegten Zurückhaltung freizumachen. Hier ist er im wesentlichen darauf beschränkt geblieben, solche Rechtsgeschäfte etwa wegen Sittenwidrigkeit, Verstoß gegen das Gesetz, Formfehlern, usw. mit Nichtigkeit zu ahnden. Er hat bisher keinen Weg gefunden sie aufrechtzuerhalten und so umzuformen, daß sie den Gemeinschaftsanforderungen entsprechen.

Immerhin sind Ansätze zu einer derartigen Erweiterung der Richtermacht festzustellen. So hat z. B. die Rechtsprechung durch die Auslegung von § 139 BGB begonnen, sich einen solchen Weg zu bahnen. Indem sie bei teilweiser Nichtigkeit eines Geschäftes nicht den mutmaßlichen Willen der Beteiligten, wie der Wortlaut des Gesetzes es vorschreibt, sondern den Willen vernünftiger und verständiger Parteien für die Frage der Aufrechterhaltung des restlichen Geschäftes für maßgeblich erklärt [31]), beginnt sie bereits dem Richter einen wenn auch versteckten Einfluß auf das mißratene Geschäft einzuräumen. Im Schrifttum ist darüber hinaus teilweise auch schon für das geltende Recht die Ersetzung des nichtigen Teiles durch den Richter gemäß §§ 157, 242 gefordert worden [32]); die Rechtsprechung ist bisher jedoch noch nicht so weit gegangen [33]). Derselbe Vorgang ist bei der Auslegung des § 140 BGB zu beobachten. Auch hier soll für die Frage, ob das umgedeutete Geschäft an die Stelle des nichtigen treten soll, nicht der mutmaßliche Wille der Beteiligten sondern der vernünftig denkender Leute ausschlaggebend sein [34]). Damit ist dem Richter auch in den Fällen des § 140 BGB eine beschränkte Möglichkeit gegeben, ein fehlerhaftes Geschäft vor der Nichtigkeit zu bewahren.

Bei einer bedeutsamen Gruppe unzulässiger Rechtsgeschäfte hat die Rechtsprechung aber schon bisher die Nichtigkeitsfolge durch Gestaltung umgangen. Auch dies führt uns wieder in die Zeit des Weltkrieges zurück. Um ungerechtfertigte Preissteigerungen zu verhindern, waren damals zur Ueberwachung der Preisbildung verschiedene Vorschriften erlassen worden, die Höchstpreise festsetzten und mit Strafen gegen Preistreiberei vor-

[31]) vgl. RGZ 86, 323 und 118, 219 (222); RGRK Anm. 2 zu § 139; Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 51 f.

[32]) so von Larenz, Vertrag und Unrecht, Bd. I S. 44 und von Stoll, Vertrag und Unrecht, S. 72.

[33]) in RGZ 76, 78 hatte sich das Reichsgericht noch schroff gegen eine solche Gestaltung gewendet.

[34]) vgl. RGRK Anm. 1 zu § 140.

gingen[35]). Hier tauchte nun die Frage auf, was für bürgerlich-rechtliche Folgen ein Verstoß gegen diese Preisbestimmungen habe. Aus dem Zweck des Gesetzes, Waren dem Verbraucher zu erträglichen Preisen zugänglich zu machen, zog das Reichsgericht damals den Schluß, daß ein solcher Verstoß entgegen der nur für den Zweifelsfall aufgestellten Regel des § 134 BGB nicht zur Nichtigkeit des betreffenden Geschäftes führe, sondern daß zur Vermeidung einer vom Gesetzgeber nicht gewünschten Hemmung des Warenverkehrs solche Geschäfte unter Herabsetzung des überhöhten Preises auf das erlaubte Maß aufrechtzuerhalten seien[36]). Damit war dem Richter durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts in den Fällen eines Verstoßes gegen die Preistreibereiverordnungen, in denen für die zu einem erhöhten Preis verkaufte Ware kein Höchstpreis festgesetzt war, eine echte Gestaltungsbefugnis zugesprochen. Insoweit allerdings, als der Richter bei der Ueberschreitung eines Höchstpreises nur diesen an die Stelle des vereinbarten Preises zu setzen brauchte, können wir nicht von einem besonderen Gestaltungsrecht des Richters sprechen. In allen andern Fällen aber mußte er auf Grund eigener Erwägungen den angemessenen Preis ermitteln und dementsprechend das Vertragsverhältnis umändern. Er hatte damit in diesen Fällen ganz entsprechend der ihm in den §§ 343, 655 BGB zugewiesenen Aufgaben eine zwar rechtsgültig vereinbarte aber übermäßig hohe Forderung auf einen angemessenen Betrag herabzusetzen.

Seitdem die Preisstoppverordnung vom 26. November 1936 (RGBl I S. 955) mit ihrem grundsätzlichen Verbot jeglicher Preissteigerung wieder in starkem Maße die Preisgestaltungsfreiheit zugunsten einer staatlichen Preisüberwachung eingeschränkt hat, ist erneut die Frage aufgetreten, was mit Geschäften geschehen soll, die gegen die neuen Preisvorschriften verstoßen. Auch dem Zweck der Preisstoppverordnung, deren Aufgabe es ebenfalls ist, auf die Einhaltung volkswirtschaftlich tragbarer Preise hinzuwirken, dürfte zum mindesten bei gemeinschaftswichtigen Geschäften eine Aufrechterhaltung unter Herabsetzung der überhöhten Preise mehr entsprechen, als die gänzliche Vernichtung. Die Rechtsprechung ist daher auch unter der Herrschaft der Preisstoppverordnung wieder dazu übergegangen, solche Geschäfte in einer der Preisgesetzgebung entsprechenden Weise umzugestalten[37]). Die rechtliche Begründung der Umgestaltung ist hiebei allerdings teilweise nicht mehr ganz dieselbe und im Schrifttum noch sehr

[35]) vgl. Gesetz betr. Höchstpreise vom 4. August 1914 (RGBl S. 339) / 21. Januar 1915 (RGBl S. 25); Verordnungen gegen Preistreiberei vom 8. Mai 1918 (RGBl S. 395) und vom 13. Juli 1923 (RGBl I S. 700).

[36]) vgl. RGZ 88, 250; 89, 197; 98, 293 und RG in Seuff. Arch. 80 Nr. 19.

[37]) vgl. z. B. Kammergericht in JW 38, 1391; Oberlandesgericht Celle in DR 39, 1078 und LG Königsberg in JW 38, 3176.

umstritten [38]). Es wird vielfach nicht mehr davon ausgegangen, daß das Geschäft trotz des Gesetzesverstoßes voll gültig sei und nur vom Richter abgeändert werden müsse und könne, sondern es wird angenommen, daß § 134 BGB zwar Anwendung finde, jedoch nur insoweit, als der vereinbarte Preis das erlaubte Maß überschreite [39]). Im Enderfolg läuft auch diese Auffassung einer teilweisen Nichtigkeit der Preisvereinbarung auf eine richterliche Umgestaltung hinaus, mag diese hier auch nicht ganz so deutlich zutage treten.

Ganz entsprechend dieser Rechtsprechung haben die Gerichte bei Mietwucher im Sinne des § 49 a MietSchG den wucherischen Mietvertrag nicht als nach § 134 BGB nichtig angesehen, sondern nur den Mietzins auf eine zulässige Höhe herabgesetzt [40]).

Auch dieser kurze Ueberblick über die Rechtsprechung zeigt uns, daß sich die Tätigkeit des Richters immer mehr auf die Gestaltung privater Rechtsbeziehungen erstreckt. Gerade die Tatsache, daß sich die Gerichte in den beiden letzten Jahrzehnten immer wieder dazu entschließen mußten, auch ohne gesetzliche Ermächtigung Rechtsverhältnisse zu gestalten, läßt besonders deutlich erkennen, daß es Fälle gibt, in denen richterliche Gestaltung notwendig ist, um die privatrechtlichen Beziehungen gerecht zu ordnen. Denn die Rechtsprechung ist nicht etwa übereilt zur Gestaltung geschritten, sondern, wie besonders deutlich die Geschichte der Inflation zeigt, nur zögernd und erst dann, wenn sie keinen andern Ausweg mehr sah.

[38]) vgl. Leinen DJ 38, 595; Moschel JW 38, 1227; Arndt-Müller JW 38, 1860; Kutscher ZAkDR 38, 631. Lent DJ 38, 411, ist gegen jede richterliche Korrektur dieser Geschäfte.

[39]) vgl. bes. Leinen und OLG Celle aaO.

[40]) vgl. z. B. RG in Warn.Rspr. 1931 Nr. 90 und RGRK Vorbem. 5 zu § 535.

Rechtspolitische Stellungnahme zu einer Gestaltung privater Rechtsverhältnisse durch den Richter.

I. Das Recht des Staates zur Mitwirkung bei der Gestaltung einzelner privater Rechtsverhältnisse, die Notwendigkeit einer solchen Mitwirkung und ihre Grenzen.

Eine Stellungnahme zu der Frage, ob und in welchem Umfange dem Richter künftighin Rechtsgestaltungsaufgaben übertragen werden sollen, verlangt zunächst ein Eingehen auf die weitere Frage, welche Kräfte grundsätzlich in der nationalsozialistischen Rechtsordnung zur Gestaltung privater Rechtsbeziehungen berufen sind. Hier ist festzustellen, daß auch heute, wie zu allen früheren Zeiten diese Aufgabe vornehmlich den beteiligten Volksgenossen selbst zufällt. Ein Staat kann sich unmöglich um Begründung und Abwicklung all der unzähligen Rechtsbeziehungen des täglichen Lebens kümmern, und der nationalsozialistische Staat will dies auch gar nicht. Er überträgt bewußt dem einzelnen weitgehend die Verantwortung für die Gestaltung seiner Lebensbedingungen, vor allem seines wirtschaftlichen Daseins, weil er weiß, daß durch die eigene Verantwortlichkeit die Initiative des einzelnen geweckt wird, und erst durch sie Großes geschaffen werden kann. Die Privatautonomie, d. h. der Wille der an einem Rechtsverhältnis Beteiligten ist daher nach wie vor als rechtsgestaltende Kraft anerkannt, und auf dem Gebiete des Vertrags als dem wichtigsten Mittel volksgenössischer Rechtsschaffung besteht, wenn auch nicht durchweg, so doch in vielen Fällen die Freiheit zum Abschluß von Verträgen sowie das Recht zu deren freien inhaltlichen Gestaltung. Privatautonomie und Vertragsfreiheit nehmen aber trotzdem im nationalsozialistischen Recht nicht mehr die Stellung ein, die sie in der liberalen Zeit inne hatten. Für den Liberalismus waren sie wesentlichster Ausdruck der von ihm erstrebten größtmöglichen Freiheit des einzelnen von staatlichen Einschränkungen. Der Privatautonomie wurde so über ihre Stellung in der Rechtsordnung hinaus politische Bedeutung zugemessen und der Grundsatz der Vertragsfreiheit war eines der wichtigsten Grundrechte [1]) des Bürgers im damaligen Staat. Diese Bedeutung kommt den genannten Grundsätzen heute nicht mehr zu [2]).

[1]) vgl. Art. 152 Weimarer Verfassung.
[2]) vgl. Stoll, Vertrag und Unrecht, S. 6.

Wie jeder einzelne voll und ganz in die Volksgemeinschaft hineingestellt ist, so können auch seine rechtlichen Beziehungen zur Umwelt nicht mehr von der Gemeinschaft getrennt betrachtet werden. Es gibt keinen staatsfreien Bereich, auch die privaten Rechtsbeziehungen werden daher vom Gemeinschaftsgedanken beherrscht. Daraus folgt einmal, daß der einzelne Volksgenosse die ihm in Form der Privatautonomie verliehene Rechtsmacht im Bewußtsein seiner Gemeinschaftsgebundenheit auszuüben hat, und zum andern, daß die Gestaltung privater Rechtsverhältnisse nicht ausschließliche Angelegenheit der Beteiligten ist, sondern daß die Gemeinschaft das Recht hat, hieran unmittelbar und maßgeblich teilzunehmen. Neben und über den Willen des einzelnen als Gestalter privater Rechtsbeziehungen tritt somit grundsätzlich der Gemeinschaftswille, und Vertragsfreiheit besteht nur noch insoweit, als die Gemeinschaft von ihrer Gestaltungsmacht keinen Gebrauch macht und dann nur innerhalb der durch die Gemeinschaftsgebundenheit gezogenen Grenzen [3]). Für die hier zu untersuchende Frage folgt hieraus, daß der Grundsatz der Privatautonomie und vor allem der Grundsatz der Vertragsfreiheit, die, wie wir gesehen haben, im liberalen Staat einem Ausbau richterlicher Gestaltungstätigkeit entgegenstanden, hiefür heute kein Hindernis mehr bilden, sondern daß vielmehr Mittel und Wege geschaffen werden müssen, die es der Gemeinschaft ermöglichen, das ihr zustehende Mitbestimmungsrecht auch tatsächlich zur Geltung zu bringen, um so die privaten Rechtsbeziehungen nach ihren Zielen ausrichten zu können.

Ein solches Mittel besteht einmal darin, daß der Gesetzgeber unmittelbar kraft Gesetzes auf die privaten Rechtsbeziehungen einwirkt. Dies kann er z. B. dadurch tun, daß er (oder von ihm ermächtigte Verbände, ständische Organisationen usw.) für bestimmte Rechtsverhältnisse unabdingbare Rechtssätze, zwingende Vertragsmuster oder gesetzliche Verbote aufstellt, daß er eine Verpflichtung zum Vertragsabschluß schafft, daß er durch gesetzliche Vorschrift bestehende Rechtsverhältnisse in einer genau bestimmten Weise abändert oder sie für aufgehoben erklärt, oder daß er, wie z. B. im Recht der unerlaubten Handlungen kraft Gesetzes an bestimmte Tatsachen die Entstehung privater Rechtsbeziehungen knüpft. Auf diese Möglichkeit, unmittelbar durch gesetzliche Bestimmung auf Rechtsbeziehungen einzuwirken, hat selbstverständlich auch der liberale Staat nicht ganz verzichten können. Auch das BGB muß dem verbots- oder sittenwidrigen Geschäft die rechtliche Anerkennung versagen, es hat un-

[3]) vgl. hiezu die Untersuchungen von Larenz über „Die Wandlung des Vertragsbegriffes" (DR 35, 488) sowie die grundsätzlichen und rechtsphilosophischen Betrachtungen von Dikoff über „Die Abänderung von Verträgen durch den Richter" (Festschrift für J. W. Hedemann, S. 179 ff).

abdingbare Vorschriften aufgestellt und es läßt verschiedene Schuldverhältnisse kraft Gesetzes entstehen. Während des Weltkrieges und der Nachkriegszeit sind weitere zahlreiche derartige gesetzliche Maßnahmen ergangen und die nationalsozialistische Wirtschaftsplanung und -lenkung hat wiederum viele solcher Vorschriften notwendig gemacht. Ich brauche nur an Höchstpreise, Tarifverträge- und Ordnungen, Aufwertungsgesetze, die wirtschaftlichen Maßnahmen der Notverordnungen, landwirtschaftliche Marktordnung und Preisstoppverordnung zu erinnern.

Diese Art der Einwirkung auf Rechtsbeziehungen versagt aber dann, wenn sich das Ziel, das der Gesetzgeber verfolgt, nicht allein mit allgemeinen gesetzlichen Anordnungen erreichen läßt, sondern eine auf jeden einzelnen Fall angepaßte Sonderregelung verlangt. In solchen Fällen muß der Gesetzgeber, wie wir das nun so oft gesehen haben, einer Stelle eine Gestaltungsbefugnis übertragen, die seine Anordnungen im Einzelfall sinngemäß durchführen kann. Theoretisch kann er dies bis zu einem gewissen Grad allerdings dadurch umgehen, daß er zwar unmittelbar die Rechtsbeziehungen gestaltende Vorschriften erläßt, in diese aber Ermessenbegriffe einschaltet, die es dann dem Richter, der die Vorschrift anwendet, ebenfalls ermöglichen können, eine dem Einzelfall angemessene Regelung zu finden. Praktisch wird dies aber vielfach, wie die Rechtsprechung zu § 242 BGB zeigt, nichts anderes als Gestaltung bedeuten. Da in vielen Fällen, wie die dargestellte Entwicklung richterlichen Gestaltungsrechts deutlich erkennen läßt, auch tatsächlich ein Bedürfnis nach einer hoheitlichen Einwirkung auf einzelne private Rechtsverhältnisse besteht, ist daher als Ergebnis festzustellen, daß in der nationalsozialistischen Rechtsordnung eine Stelle vorhanden sein muß, die als Vertreterin der Gemeinschaft diese notwendige Gestaltung im Einzelfalle vornimmt.

Eine solche Gestaltung im einzelnen Falle war vom Liberalismus neben den Einwänden, die er gegen eine staatliche Einwirkung auf private Rechtsverhältnisse schlechthin erhob, im besonderen auf Grund seiner Forderung nach einer möglichst genauen Voraussberechenbarkeit der Rechtsfolgen abgelehnt worden. Auch diese Forderung des Liberalismus entsprang zu einem großen Teil seinem Streben nach möglichster Freiheit des einzelnen von staatlichen Einschränkungen. Wenn schon solche sein mußten, dann sollten sie wenigstens genauestens zu überblicken sein. Insoweit als die Möglichkeit der Voraussberechenbarkeit diese „Freiheit" gewährleisten sollte, kann der Forderung nach ihr heute selbstverständlich keine Beachtung mehr zukommen und können aus ihr keine Einwendungen gegen eine Gestaltung von Rechtsbeziehungen im einzelnen Fall erhoben werden. Der Forderung nach Voraussberechenbarkeit liegt aber, wenn man sie ihrer libe-

ralistischen Uebertreibungen entkleidet, die Forderung nach Rechtssicherheit zugrunde. Sie ist keine Eigenheit liberalistischen Rechtsdenkens, sondern Bestandteil der Gerechtigkeit selbst und damit Voraussetzung für das Bestehen einer jeden rechtlichen Ordnung in einem Volk. Rechtssicherheit ist, wie Reichsmarschall Hermann Göring [4]) in einer Rede vor der Akademie für Deutsches Recht gesagt hat, „Grundlage der Volksgemeinschaft". Zur Rechtssicherheit gehört aber auch, daß in einem gewissen Rahmen sich überblicken läßt, was für Rechtsfolgen einem bestimmten Handeln entspringen können. Der einzelne Volksgenosse, der in voller Eigenverantwortlichkeit sein Leben gestalten soll, kann dies nur tun, wenn ihm diese Möglichkeit gegeben ist. Er muß wissen, welche Rechte er hat, und was für Verpflichtungen sich für ihn aus dem Abschluß eines Rechtsgeschäftes oder irgend einer sonstigen Handlung ergeben können. Nur dann kann er seine Kräfte voll entfalten und sie zum Nutzen des Ganzen planmäßig einsetzen. Deswegen ging z. B. das oben angeführte Urteil aus dem neuen Pachtnotrecht, in dem das Landgericht Münster einen Pachtvertrag ohne Zustimmung des Pächters in einen Heuerlingsvertrag umgewandelt hat, viel zu weit. Es geht nicht an, daß einer auf Grund eines Pachtvertrages plötzlich zu Dienstleistungen verpflichtet ist. Mit Recht hat deswegen auch der große Zivilsenat des Reichsgerichts [5]) ausgeführt, „daß für das Wirtschaftsleben, dessen pflegliche und vorsichtige Behandlung eine wesentliche Voraussetzung für das Gedeihen des Volksganzen ist, die Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs dringend erforderlich ist". So gesehen ist das Verlangen nach Rechtssicherheit nicht eine Forderung, die einer möglichst ungebundenen Freiheit des einzelnen zuliebe aufgestellt ist, sondern eine Voraussetzung für das Wohlergehen der Gemeinschaft selbst. Der Gedanke an eine möglichste Gewährleistung von Rechtssicherheit wird daher auch heute einer allzu weiten Ausdehnung richterlichen Ermessens und damit auch richterlicher Gestaltung entgegenstehen.

Da aber die Forderung nach Rechtssicherheit nach heutiger Anschauung nicht des einzelnen sondern der Gemeinschaft wegen bestehen muß, kann sie dann zurücktreten, wenn andere, wichtigere Belange die Gestaltung von Rechtsbeziehungen im Einzelfall fordern. Und aus diesem Grund ist auch ganz allgemein eine Unterscheidung möglich zwischen solchen Rechtsgebieten und Rechtsfällen, in denen der Forderung nach Rechtssicherheit für den einzelnen im Interesse des Ganzen größte Bedeutung zukommt, und solchen, in denen mehr oder weniger stark andere Forderungen dem Rechtssicherheitsgebot vorangehen können und müssen. Die Forderung nach

[4]) „Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft".
[5]) RGZ 150, 1.

Rechtssicherheit wird z. B. kein Hindernis bilden, den Richter zu ermächtigen, ein Geschäft, das von vornherein ganz oder teilweise gemeinschaftswidrig ist, angemessen umzugestalten, wenn die Durchführung des Geschäftes im Gemeinschaftsinteresse gelegen ist. Wer sich im Rechtsverkehr auf solchem Boden bewegt, hat keinen Anspruch auf Rechtssicherheit für seine Geschäfte[6]). Er muß sich die Umgestaltung gefallen lassen und kann nicht verlangen, daß das Geschäft, wenn es schon mit dem von ihm gewollten Inhalt keine Rechtsgültigkeit erlangen kann, der Vorausberechenbarkeit wegen ganz nichtig ist, damit er dann wenigstens wieder ganz ungebunden sei und, wie Lange[7]) es treffend ausgedrückt hat, „die Freiheit zu neuer Sittenwidrigkeit habe". Anders ist es dagegen im Grundsatz, wenn ein Vertrag wegen nachträglich eingetretener oder erkannter Umstände den einen Vertragspartner zu großen Opfern zwingt. Hier muß der Rechtssicherheit willen nach Möglichkeit vom Schuldner vertragsmäßige Erfüllung verlangt werden. Das Gesetz der Vertragstreue muß als Grundvoraussetzung eines gedeihlichen rechtsgeschäftlichen Verkehrs auch heute Geltung verlangen[8]). Seine Aufrechterhaltung rechtfertigt daher im Interesse des Ganzen auch Opfer eines einzelnen. Aber es muß auch hier, wie deutlich die Entwicklung in den letzten Jahrzehnten gezeigt hat, Grenzen geben. Vertragstreue gilt, wie das Reichsgericht[9]) gesagt hat, nur mit der Einschränkung von Treu und Glauben. Dann wenn die Durchführung eines Vertrags in seiner ursprünglichen Form zu offensichtlicher Ungerechtigkeit führen würde, muß er umgestaltet werden, wenn Rechtssicherheit nicht dem Einzelinteresse der Gerechtigkeit dienen soll.

Immer aber muß, und das ist festzuhalten, bei der Schaffung von Gestaltungsrechten die Forderung nach Rechtssicherheit beachtet werden. Eine Einführung allzu allgemein gehaltener Gestaltungsbefugnisse wird daher wegen der dadurch eintretenden Rechtsunsicherheit nicht in Betracht kommen können.

II. Berufung und Befähigung des Richters zur Gestaltung.

Nachdem wir nun zu dem Ergebnis gelangt sind, daß in unserer Rechtsordnung eine Stelle da sein muß, die Rechtsbeziehungen im einzelnen

[6]) vgl. Palandt Anm. 1 zu § 242.
[7]) Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 51.
[8]) vgl. Larenz DR 35, 488.
[9]) JW 35, 2877.

Falle gestaltet, fragt es sich, ob gerade der Richter zu dieser Arbeit berufen ist. Immer wieder sind wir im Verlaufe der Untersuchung der Ansicht begegnet, daß die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten, nicht aber die Gestaltung von Rechtsbeziehungen das eigentliche Amt des Richters sei. Auch das Reichsgericht, das mit seiner Rechtsprechung so weiten Raum für richterliche Gestaltungstätigkeit geschaffen hat, hat einmal ausgesprochen, daß die Mieteinigungsämter keine Rechtspflegeorgane seien, da sie soziale Fürsorge auszuüben, nicht aber Rechtsfragen zu lösen hätten [1]). Ist es nun richtig, daß sich das Amt des Richters in Beziehung auf private Rechtsverhältnisse seinem Wesen nach auf die Entscheidung von Rechtsfragen beschränke. Meines Erachtens ist dies zu verneinen. Diese Begrenzung ist dem Richteramt nicht eigen, sie ist nur eine Folge heute überwundenen positivistischen Denkens und der Gewaltenteilungslehre, der als grundsätzliches politisches Prinzip heute ebenfalls keine Geltung mehr zukommt [2]). Das als notwendig erkannte Recht des Staates auch auf einzelne private Rechtsbeziehungen einzuwirken, dient der Ausrichtung der einzelnen Rechtsbeziehungen auf das Gemeinwohl und damit genau so wie die Streitentscheidung der Durchführung der nationalsozialistischen Privatrechtsordnung im Einzelfall. Diese Gestaltungstätigkeit ist daher ebenfalls Rechtspflege und damit grundsätzlich auch Aufgabe des Richters als des in der Ordnung des Volkes zur Rechtspflege berufenen Organs [3]). Und wenn in der vergangenen Zeit der Richter fast ausschließlich auf die Streitentscheidung beschränkt war, so rührt dies unter anderem gerade daher, daß die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten damals nicht nur als einzige richterliche Tätigkeit sondern grundsätzlich auch als einzige Aufgabe angesehen wurde, die der Staat zur Pflege der einzelnen privaten Rechtsbeziehungen zu erfüllen habe. Insoweit als man damals schon eine obrigkeitliche Mitwirkung bei der Gestaltung einzelner Rechtsbeziehungen kannte, hat man sie auch im liberalen Staat vielfach dem Richter übertragen, wie besonders deutlich die vornehmlich auf Gestaltung von Rechtsbeziehungen gerichtete freiwillige Gerichtsbarkeit zeigt [4]). Zu dieser Auffassung, daß Rechtsgestaltung Richteraufgabe ist, hat sich auch der nationalsozialistische Gesetzgeber bekannt, wie die vielen Gestaltungsaufgaben zeigen, die gerade er dem Richter übertragen hat.

---

[1]) RGZ 107, 294; mit derselben Begründung stellte dies der preußische Kompetenzgerichtshof für die Tätigkeit der Pachteinigungsämter fest (Seuff. Arch. 78 Nr. 150).

[2]) vgl. Köhler, Grundlehren des Verwaltungsrechts, S. 9 ff.

[3]) ebenso Ostmann DR 39, 201 und Breithaupt JW 36, 2025.

[4]) vgl. hiezu Jonas, Vorbem. III 1 vor § 1.

Die Frage, ob gerade dem Richter die Gestaltung übertragen werden soll, ist jedoch mit der grundsätzlichen Feststellung, daß solche Gestaltung ihrem Wesen nach in den Kreis der richterlichen Aufgaben fällt, noch nicht gelöst. Es ist vielmehr noch weiter zu prüfen, ob der Richter auch praktisch zu einer solchen Tätigkeit befähigt ist. Wir haben gesehen, daß Zweifel hieran oftmals zur Ablehnung einer Uebertragung von Gestaltungsaufgaben auf den Richter und statt dessen zur Bildung von besonderen mit Sachverständigen bestezten Verwaltungsbehörden geführt haben. Es leuchtet nun ohne weiteres ein, daß von dem gestaltenden Richter noch viel weitergehendere Kenntnisse auf allen Sachgebieten und ein noch viel stärkeres Einfühlungsvermögen in Lebensverhältnisse gefordert wird, als von dem Richter, der nur auf Grund eines ihm vorgetragenen Sachverhalts feststellen soll, wie eine Rechtslage tatsächlich ist. Ein Richter, von dem z. B. die Feststellung verlangt wird, ob zwischen den Parteien ein Pachtvertrag über landwirtschaftliche Grundstücke besteht, bedarf selbstverständlich weit weniger Kenntnisse über landwirtschaftliches Pachtwesen, als der, der von sich aus etwa den Pachtzins oder gar den ganzen Pachtvertrag inhaltlich festsetzen soll. Im letzteren Falle muß der Richter genau im Bild sein über das Pachtland, über die Rentabilität der Landwirtschaft, kurz über alle sachlichen Fragen, die im Zusammenhang mit einem Pachtverhältnis zwischen Pächter und Verpächter bestehen und in Zukunft normalerweise auftauchen können. Trotz dieser großen Schwierigkeiten, die einer Gestaltung durch den Richter entgegenstehen, muß aber m. E. diese ihrem Wesen nach richterliche Aufgabe auch tatsächlich auf den Richter übertragen werden. Hiefür sprechen verschiedene Gründe. Einmal ist zu bedenken, daß die Vornahme einer Gestaltung eine mitunter mit schwierigen Rechtsfragen verbundene Prüfung voraussetzen wird, ob die im Gesetz für eine solche aufgestellten Voraussetzungen in dem zu gestaltenden Rechtsfall vorliegen. Diese Prüfung wird in bürgerlichen Rechtssachen zweifellos am besten vom Richter vorgenommen werden, da es sich hiebei um eine Tätigkeit handelt, die vollkommen seiner sonstigen entspricht. Ein Hauptgrund aber für die Uebertragung auf den Richter scheint mir in der unermeßlichen Vielgestaltigkeit der rechtlichen Beziehungen und in der engen Verflochtenheit der verschiedenen Wirtschaftszweige zu liegen. Sie machen es unmöglich, für alle Fälle, in denen Gestaltung notwendig wird, besondere Sachverständigenbehörden zu schaffen und lassen gar keinen anderen Weg übrig als den, grundsätzlich eine Stelle allgemein mit der Gestaltung privater Rechtsbeziehungen zu betrauen. So wäre es z. B. ganz unmöglich, eine Gestaltungsbefugnis, die ganz all-

gemein unter bestimmten Voraussetzungen die Ersetzung nichtiger Teile von Verträgen zum Gegenstand hat, jeweils besonderen für die vielen Einzelfälle sachverständigen Behörden zuzuweisen. Wenn man aber aus diesem Grunde auf derartige Behörden verzichten muß, und eine allgemeine Gestaltungsstelle benötigt, dann ist doch der Richter auf Grund seiner ganzen Vorbildung am ehesten geeignet, mit Hilfe von jeweils nach Lage des Falles ausgewählten Sachverständigen diese Rechtspflegeaufgabe zu erfüllen. Er hat es auch bei seiner entscheidenden Tätigkeit lernen müssen, sich auf den verschiedensten Sachgebieten zurechtzufinden, und er ist auch am meisten darin geübt, eine Sache objektiv von allen Seiten zu betrachten, was ebenso, wie es Voraussetzung gerechter Entscheidung, auch Vorbedingung gerechter Gestaltung ist. Dies führt uns zu einem weiteren Grund, der für die Uebertragung auf den Richter spricht. Die beteiligten Volksgenossen, für die, wie z. B. die Schuldenbereinigung zeigt, die Umgestaltung ihrer Rechtsverhältnisse große Opfer bringen kann, werden dem Richter, den sie als den berufensten Wahrer des Rechts ansehen, am stärksten das Vertrauen entgegenbringen, daß die Gestaltung in einer allen Beteiligten gerecht werdenden Weise erfolgt. Die Uebertragung auf die Gerichte wird aber auch eine weitere Zersplitterung der Rechtspflege vermeiden und ist auch aus diesem Grunde einer anderen Lösung vorzuziehen. In Ausnahmefällen kann selbstverständlich die Betrauung einer sachverständigen Verwaltungsstelle mit Gestaltungsaufgaben einer Uebertragung auf die Gerichte vorzuziehen sein. Feste Regeln lassen sich hiefür nicht aufstellen, da es sich im letzten Grunde um Zweckmäßigkeitsentscheidungen handelt. In der Regel soll aber den Gerichten die Gestaltung übertragen werden.

Den besonderen Schwierigkeiten, die die Gestaltung von Rechtsverhältnissen mit sich bringt, wird man dadurch Rechnung tragen können, daß der Gesetzgeber, soweit dies in Sonderfällen möglich ist, von vornherein bestimmt, daß der Richter die Gestaltung mit sachverständigen Beisitzern vornimmt, wie wir dies z. B. beim früheren Mietschöffengericht, beim Pachteinigungsamt, beim Anerbengericht und auch in allerneuester Zeit bei den aus Anlaß des gegenwärtigen Krieges ergangenen Verordnungen über die Abwicklung von Lieferverträgen und über Vertragshilfe des Richters in Energiewirtschaftssachen gesehen haben. In anderen Fällen muß es dem Richter zur Pflicht gemacht werden, sich unter Zuziehung von Sachverständigen möglichst zuverlässig über die betreffenden Lebensverhältnisse ins Bild zu setzen. Auch durch Schaffung besonderer Sachreferate kann diesen Schwierigkeiten begegnet werden[5]). Unter Um-

[5]) so sind z. B. beim Amtsgericht Stuttgart besondere Sachreferate für die richterliche Vertragshilfe gebildet worden.

ständen, vor allem auch dann, wenn eine einheitliche Durchführung der Gestaltung ermöglicht werden soll, kann es auch angebracht sein, daß die beteiligten Minister dem Richter mit Richtlinien in Form von Rechtsverordnungen an die Hand gehen. Bei der Hypothekenzinssenkung durch richterliche Vertragshilfe sind wir bereits solchen Richtlinien begegnet. Auf diese Weise kann auch den von Wieacker[6]) gegen eine zu große Ausdehnung richterlicher Gestaltung auf wirtschaftlichem Gebiete erhobenen Bedenken Rechnung getragen werde. Er befürchtet, der Richter könne durch seine Gestaltungstätigkeit in Widerspruch zu den Plänen anderer zur Ordnung des wirtschaftlichen Lebens berufenen Stellen treten. Man wird aber wegen dieser Bedenken nicht so weit gehen dürfen, wie Wieacker es tut, und eine Gestaltung durch den Richter schlechthin dann auszuschließen, wenn mit der Gestaltung wirtschaftspolitische Ziele verfolgt werden sollen. Dies ist m. E. schon deswegen unmöglich, weil es bei Gestaltungsaufgaben, die sich auf wirtschaftlichem Gebiete bewegen, sehr schwer sein wird, festzustellen, ob die Aufgabe wirtschaftspolitischen Charakter trägt oder nicht. Mehr oder weniger tun sie dies alle, da sie sämtlich dem Gemeinschaftsinteresse dienen. Viele der neuen Vertragshilfeverfahren, wie z. B. die Regelung der Hypothekenfälligkeiten und der Hypothekenzinsen dienen sogar ausgesprochen wirtschaftspolitischen Zwecken, nämlich der Lenkung des Kapitalmarktes.

Diese Fälle führen uns aber nun zu einer Grenze, die, wie von Wieacker[7]) mit Recht hervorgehoben wird, der Uebertragung von Gestaltungsaufgaben auf den Richter gesetzt ist. Sie liegt darin, daß der Richter nicht an Weisungen gebunden ist. Dadurch wird es ausgeschlossen sein, ihm Rechtsgestaltungsaufgaben zu übertragen, deren Durchführung auch im einzelnen Falle der ständigen Kontrolle der Staatsführung unterworfen bleiben muß und die dauernd nach den Erfordernissen der politischen Lage und nach den wirtschaftlichen Verhältnissen neu ausgerichtet werden müssen. In einem solchen Falle kann die Gestaltung nur von einer Verwaltungsbehörde übernommen werden, die in jedem einzelnen Falle mit Weisungen versehen werden kann. Ein Beispiel für eine solche Gestaltungsaufgabe bildet die im Rahmen der Preisüberwachung durch die Preisbildungsstellen erfolgende Einwirkung auf einzelne private Rechtsbeziehungen. Deren Tätigkeit könnten, wie schon die zahlreich notwendig gewordenen Runderlasse des Preiskommissars zeigen, nicht von den Gerichten wahrgenommen werden. Im übrigen ist, wie auch von Schlegelberger[8]) betont wird, die richterliche Unabhängigkeit ein erwünschter Garant dafür, daß die Gestaltung nicht im

[6]) aaO S. 34 und 37.
[7]) aaO S. 39.
[8]) Vertragsgestaltung durch den Richter, S. 17.

Sinne ständischer oder sonstiger Sonderinteressen, sondern im Hinblick auf die Belange des ganzen Volkes durchgeführt wird.

III. Verfahrensrechtliche Voraussetzungen richterlicher Gestaltungstätigkeit.

Eine unbedingte Voraussetzung für eine Gestaltung durch den Richter ist ein Verfahrensrecht, das die Besonderheiten einer gestaltenden Tätigkeit berücksichtigt [1]). Hiezu wird vor allem notwendig sein, daß dem Richter die Möglichkeit gegeben wird, den Sachverhalt genauestens zu erforschen. Denn, wie schon öfters dargelegt, muß sich der gestaltende Richter, um zweckentsprechende Maßnahmen treffen zu können, einen zuverlässigen Einblick in die seiner Gestaltung unterliegenden Lebensbeziehungen verschaffen. Er kann sich deswegen nicht mit den Behauptungen und Beweisen begnügen, die die Parteien vorbringen und anbieten, und kann sich nicht durch ein Nichtbestreiten oder durch ein ausdrückliches Geständnis die Prüfung der Beweisbedürftigkeit einer Behauptung nehmen lassen. Der Richter muß vielmehr den Sachverhalt in allen ihm wesentlich erscheinenden Punkten feststellen und dazu nicht nur Sachverständige sondern auch Zeugen von Amts wegen hören können. Wie bereits bei der Besprechung der Zivilprozeßordnung hervorgehoben, muß deswegen für den gestaltenden Richter die Verhandlungsmaxime — der Grundsatz der förmlichen Wahrheit — durch den Grundsatz der amtlichen Ermittlung und damit der sachlichen Wahrheit ersetzt werden. Auch das aus dem Verfügungsgrundsatz (Dispositionsmaxime) folgende Prinzip einer strengen Antragsgebundenheit des Richters verträgt sich nicht mit einer Gestaltung von Rechtsbeziehungen. Der Richter z. B., der Vertragshilfe gewährt, kann sich unmöglich von der Partei, die seine Hilfe beansprucht, im einzelnen vorschreiben lassen, welche Maßnahmen er treffen soll. Soll er verantwortlich Rechtsbeziehungen ordnen, so muß notwendig ihm die Entscheidung überlassen bleiben, welche Maßnahmen er als zweckmäßig anordnen will. Dies entspricht auch allein der Stellung des Richters bei der Gestaltung, die er nicht im Interesse des einzelnen, sondern als Vertreter der Gemeinschaft vornimmt. Endlich scheint mir auch der Grundsatz der sachlichen Rechtskraft für eine gestaltende Tätigkeit, wenn auch nicht in allen, so doch in vielen und vor allem bei den auf wirtschaftlichem Gebiet liegenden Fällen unzweckmäßig zu sein. Eine Streitent-

[1]) vgl. hiezu Wieacker aaO S. 9 und 34; Volkmar ZAkDR 37, 634; Baumbach ZAkDR 38, 583.

scheidung muß einmal endgültig sein, es muß mit bindender Wirkung festgestellt werden, ob eine Rechtslage so oder so ist. Anders ist dies bei gestaltenden Entscheidungen. Es läßt sich nicht ein für allemal festsetzen, daß etwas so werden und dann aber auch in alle Zukunft so bleiben solle. Die Zeiten und Verhältnisse wechseln und können die Abänderung einer ausgesprochenen Gestaltung notwendig machen. Die Abänderung darf dann nicht durch eine materielle Rechtskraftwirkung des gestaltenden Richterspruches gehindert werden.

Blicken wir auf die Gesetze und Verordnungen zurück, die richterliche Gestaltungsrechte eingeführt haben, so können wir feststellen, daß der Gesetzgeber in vielen Fällen Bestimmungen getroffen hat, die den aufgestellten Forderungen für das Verfahrensrecht des gestaltenden Richters entsprechen. Es ist vielfach ausdrücklich bestimmt, daß der Richter von Amts wegen Beweise einzuziehen hat, und daß unter bestimmten Umständen die getroffene Gestaltung wieder abgeändert werden kann und muß. Wohl bei den meisten und bedeutendsten Gestaltungsrechten, insbesondere in allen Verordnungen, die richterliche Vertragshilfe eingeführt haben, sind die Vorschriften des freiwilligen Gerichtsbarkeitsgesetzes für entsprechend anwendbar erklärt und damit ebenfalls eine Ermittlung des Sachverhaltes von Amts wegen (§ 12 FGG) angeordnet und eine materielle Rechtskraft der gestaltenden Entscheidung vermieden worden, da in der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine solche Wirkung unbekannt ist[2]).

Die vorangegangene Untersuchung hat zu dem Ergebnis geführt, daß eine staatliche Mitwirkung bei der Gestaltung der einzelnen Rechtsbeziehungen nationalsozialistischer Rechtsauffassung entspricht, ja von ihr zur Wahrung der Gemeinschaftsinteressen auf diesem Gebiete gefordert wird, und daß diese Gestaltung mindestens im Regelfall dem Richter übertragen werden soll. In den Kreis der richterlichen Aufgaben wird daher neben die Streitentscheidung künftig grundsätzlich die Rechtsgestaltung treten müssen, wie dies durch die bisherige Entwicklung bereits weitgehend angebahnt worden ist. Die richterliche Gestaltungsbefugnis darf aber, wie im einzelnen gezeigt worden ist, nicht unbeschränkt sein. Bei jeder Uebertragung von Rechtsgestaltungsaufgaben auf den Richter müssen die Grenzen berücksichtigt werden, die der richterlichen Rechtsgestaltung insbesondere durch das Rechtssicherheitsgebot gesetzt sind. Vor allem, und das möchte ich zum Schluß noch hervorheben, muß die richterliche Rechtsgestaltung in der Forderung nach selbstverantwortlicher Tätigkeit der ein-

[2]) vgl. § 18 FGG und Schlegelberger, Die Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für das Reich und Preußen, Anm. 8 zu § 16.

zelnen Volksgenossen eine Schranke finden. Mit Recht hat Lange[8]) festgestellt, daß eine allzu ausgedehnte richterliche Gestaltungstätigkeit einen Rückfall in den Polizeistaat des 18. Jahrhunderts bedeuten würde. Zwischen dessen Fürsorge für alles und jedes im Leben seiner Untertanen und der Interesselosigkeit des liberalen Staates gilt es, die richtige Mittellinie einzuhalten. Nur insoweit als es das Gemeinschaftsinteresse erfordert, darf der Richter private Rechtsverhältnisse gestalten. Werden aber diese Grenzen berücksichtigt, so glaube ich, daß ein weiterer Ausbau richterlicher Gestaltungstätigkeit ein bedeutsamer Fortschritt unserer Rechtsentwicklung sein wird.

Am Schluß meiner Arbeit möchte ich nicht versäumen, meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. E. Kern, für die Ueberlassung des Themas, sowie für die Unterstützung, die er mir bei der Ausarbeitung zuteil werden ließ, meinen aufrichtigen Dank zu sagen.

[8]) Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 53 f.

Lebenslauf.

Am 4. September 1914 wurde ich in Stuttgart geboren als Sohn des Bankiers Eugen Geiger und seiner Ehefrau Mina geb. Hipp. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. In Stuttgart besuchte ich das Dillmann-Realgymnasium und das Karlsgymnasium (realgymnasiale Abteilung). An letzterem legte ich im Frühjahr 1934 die Reifeprüfung ab. Im Anschluß daran begann ich an der Universität Tübingen das Studium der Rechte. Nachdem ich dort 3 Semester studiert hatte, begab ich mich für 2 Semester an die Berliner Universität und kehrte dann zum Abschluß meines Studiums nochmals für 3 Semester nach Tübingen zurück. Am 2. Juni 1938 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Stuttgart die 1. juristische Staatsprüfung und bin seitdem als Referendar im Vorbereitungsdienst der Justizverwaltung tätig. Am 3. März 1941 fand die mündliche Doktorprüfung in Tübingen statt.

Kurt Geiger.